

تكملة المجموع

شرح المهذب

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الدكتور أحمد عيسى حسن المعصراوي

الدكتور حسين عبد الرحمن أحمد

الدكتور محمد أحمد عبد الله

الدكتور مجدي سرور باسلوم

الدكتور أحمد محمد عبد العال

الدكتور بدوي علي محمد سيد

الدكتور إبراهيم محمد عبد الباقي

الجزء السابع عشر

منشورات

لنشر كتب السنة والجماعة

بيروت - لبنان



جميع الحقوق محفوظة

Copyright ©
All rights reserved
Tous droits réservés

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Exclusive Rights by
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Droits Exclusifs à
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beyrouth - Liban

Il est interdit à toute personne individuelle ou morale d'éditer, de traduire, de photocopier, d'enregistrer sur cassette, disquette, C.D, ordinateur toute production écrite, entière ou partielle, sans l'autorisation signée de l'éditeur.

الطبعة الأولى
١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ére Étage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban



ISBN 2-7451-3708-5

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب اللقطة

إذا وجد الحر الرشيد لقطةً يمكن حفظها وتعريفها: كالذهب، والفضة، والجواهر، والثياب، فإن كان ذلك فى غير الحرم؛ جاز التقاطه للتملك؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «ما كان منها فى طريقٍ مئتاءٍ فعرفها حولًا فإن جاء صاحبها، وإلا فهى لك وما كان منها فى خرابٍ ففيها وفى الركاز الخمس».

وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] ولما روى أبو هريرة، أن النبى ﷺ قال: «من كشف عن مسلمٍ كربةً من كرب الدنيا - كشف الله عنه كربةً من كرب يوم القيامة، والله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه.

وإن كانت فى الحرم لم يجز أن يأخذها إلا للحفظ على صاحبها. ومن أصحابنا من قال: يجوز التقاطها للتملك؛ لأنها أرض مباحة، فجاز أخذ لقطتها للتملك كغير الحرم.

والمذهب الأول؛ لما روى ابن عباسٍ - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض، فهو حرام إلى يوم القيامة لم يحل لأحد قبلى، ولا يحل لأحد بعدى، ولم يحل لى إلا ساعةً من نهارٍ، وهو حرام إلى يوم القيامة، لا ينفر صيدها، ولا يعضد شجرها، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرفٍ».

ويلزمه المقام للتعريف، وإن لم يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم؛ ليعرفها من سهم المصالح.

(الشرح) حديث عبد الله بن عمرو بن العاص تقدم تخريجه فى كتاب الزكاة.

وأما حديث أبى هريرة فقد تقدم فى كتاب الوديعة.

وأما حديث ابن عباس فقد تقدم تخريجه فى كتاب الحج.

قوله: (اللقطة):

أما اللقطة فى اللغة فاسم للذى تجده ملقى فتأخذه، وكذلك المنبوذ من الصبيان لقطة. وأما اللقطة - بفتح القاف - فهو الرجل اللقاط، يتتبع اللقطات يلتقطها.

وفيها أربع لغات نظمها ابن مالك بقوله:

لُقَاطَة ولُقْطَة ولُقَطَه وَلَقَطٌ ما لاقِطٌ قَدْ لَقَطَه

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف، وروى عن الخليل بن أحمد: واللقطة - بضم اللام وفتح القاف -: الكثير الالتقاط وبسكون القاف: ما يلتقط.

وقال أبو منصور: وهو قياس اللغة؛ لأن «فُعَلة» بفتح العين أكثر ما جاء فاعل، وبسكونها مفعول؛ كضُحَكة: للكثير الضحك، وضُحْكة: لمن يضحك منه[1].

وأما فى اصطلاح الفقهاء:

فعند الشافعية هى: ما وجد من حقٍّ ضائعٍ محترم بمحل غير مملوك، ولا يعرف الواجد مستحقه [2].

قولهم: (ما وجد) عبر بـ (ما) التى لما لا يعقل تغليبًا له، لكثرته على مَنْ يعقل، وهو شامل للمال والاختصاص، ولا فرق فى المال بين الحيوان وغيره، ولا فى الحيوان بين المأكول وغيره، ولا بين الممتنع من صغار السباع وغيره، ولا فى غيره بين ما يسرع إليه الفساد وغيره.

قولهم: (ضائع) أى بسقوط أو غفلة.

قولهم: (محترم) قيد خرج به الخمر، ومال الحربى، والكلب العقور.

قولهم: (لا بمحل غير مملوك) قيد لإخراج ما وجد فى مملوك.

قولهم: (ولا يعرف) قيد خرج ما لو عرف، فيجب رده له.

وعند الحنفية هو: مال يوجد ضائعًا[3].

---

(١) ينظر: المغرب (٢/ ١٧٠)، تاج العروس (٢/ ٧٦) (لقط)، القاموس المحيط (لقط)، المطلع ص (٢٨٢).

(٢) ينظر: الشرقاوى على التحرير (٢/ ١٤٦)، قليوبى وعميرة (٣/ ٥١١)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٢٦)، مغنى المحتاج (٢/ ٤٠٦).

(٣) ينظر: رد المحتار (٦/ ٤٣٢)، شرح فتح القدير (٦/ ١١٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٠١).

والظاهر أن المعنى الشرعى مساو للمعنى اللغوى، وعليه فلا يلزم فى حقيقتها عدم معرفة المالك، ولا عدم الإباحة.

قولهم: (مال يوجد. . . إلخ) خرج به ما عرف مالكه؛ فليس لقطة، بدليل أنه لا يعرف، بل يرد إليه، ومال الحربى. لكن يرد عليه ما كان محرزًا بمكان، أو حافظ فإنه داخل فى التعريف.

فالأولى أن يقال: هو مال معصوم معرض للضياع.

قولهم: (يوجد) خرج به الحرز بالمكان، ونحوه.

وعرفه فى المحيط بقوله: (رفع لشئ ضائع للحفظ على الغير لا للتمليك).

قوله: (لشئ. . إلخ) هذا تعريف لها بالمعنى المصدرى - أعنى الالتقاط- لأنه لازمها، وهذا يقع فى كلامهم كثيرًا، ومنه الأضحية؛ فإنها اسم يضحى به وعرفوها شرعًا: بذبح حيوان مخصوص. . إلخ، وهذا التعريف يخرج ما كان مباحًا.

قوله: (لا للتمليك) ؛ الأولى (لا للتملك).

وعند المالكية: عرفها الشيخ ابن عرفة بقوله:

(مال) وجد بغير حرز محترمًا، ليس حيوانًا ناطقًا ولا نِعمًا [(١)].

قولهم: (مال) مناسب للمحدود؛ لأن اللقطة غلبت فيه، ولا يدخل فيه اللقيط؛ لأنه ليس مالًا.

قال خليل: مال معصوم عرض للضياع. . . إلخ.

وحد الشيخ أبلغ منه وأجمع.

قولهم: (وجد بغير حرز) أخرج به ما وجد فى حرز، فإنه ليس بلقطة.

قولهم (محترمًا) حال من المال أخرج به مال الحربى.

قولهم: (ليس حيوانًا ناطقًا) أخرج به الحيوان الناطق فإنه لا يسمى لقطة عرفًا، بل يسمى إباقًا.

قولهم: (ولا نعمًا) النعم يطلق على الإبل والبقر والغنم، على ما ذكروه فى كتاب الزكاة. ولبعض أهل اللغة فيه بحث.

---

(١) ينظر: ابن عرفة فى الحدود ص (٦٠٩)، جواهر الإكليل (٢/ ٢١٧)، حاشية الدسوقى (٤/ ١١٧)، الشرح الصغير (٣/ ٣٥٠) .

وعند الحنابلة هى: اسم لما يلتقط من مال أو مختص ضائع، وما فى معناه لغير حربى [١].

قولهم: (يلتقط من مال) المال: كل ما يتمول، والمراد به هنا: نقد أو متاع ونحو ذلك.

قولهم: (أو مختص ضائع) كالساقط من ربه بغير علمه؛ كتمر خلال[٢].

قولهم: (وما فى معناه) أى فى معنى الضائع كالمتروك قصدًا لمعنى يقتضيه، ومدفون منسى.

قولهم: (لغير حربى) فإن كانت لحربى ملكها واجدها، كالحربى إذا ضل الطريق فوجده إنسان فأخذه ملكه وما معه.

قوله: (الحر الرشيد) [٣] هو الذى يفعل الرشاد، وهو ضد الغى والفساد، ويتحرى الصواب ويتجنب الخطأ.

قوله: (فى طريق مئتاء) أى: مسلوك، مفعال من الإتيان، قال شِمر: مئتاء [٤] الطريق، وميداؤه: محجته، ومنه الحديث: (لولا أنه طريق ميتاء لحزنًا عليك يا إبراهيم) [٥]

والرواية من غير همز. قال ابن سيده: إلا أن المراد الهمز، ورواه أبو عبيد فى المصنف بغير همز (فيعالا) لأن فيعالا من أبنية المصادر وميتاء ليس مصدرًا، إنما هو صفة فالصحيح فيه إذًا ما رواه ثعلب وفسره. وقد همزه ثعلب وفسره بأنه الطريق العامر [٦].

وقوله: (ولا يعضد شجرها) [٧] أى لا يقطع.

---

(١) ينظر: كشاف القناع (٤/ ٢٠٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٦)، المغنى لابن قدامة (٥/ ٦٦٣).

(٢) الخلال - بفتح الخاء -: البسر أول إدراكه. والخلال - بضم الخاء: عرض يعرض فى كل حلو فيغير طعمه إلى الحموضة. المعجم الوسيط، مادة (خلل).

(٣) ينظر: النظم (٢/ ٧٤).

(٤) هو بغير همز فى التهذيب (١٤/ ٣٥٣)، والغريبين (١/ ١٣)، والصحاح (أتى).

(٥) ينظر: غريب الحديث (٢/ ٢٠٤)، والفائق (١/ ٢١)، وابن الجوزى (١/ ٩)، والنهاية (١/ ٢٢)، اللسان (أتى).

(٦) ينظر: اللسان (أتى).

(٧) ينظر: النظم (٢/ ٧٥).

الأحكام: للقطة حالتان:

إحداهما: أن توجد فى أرض مملوكة؛ فلا يجوز لواجدها التعرض لأخذها، وهى فى الظاهر لمالك الأرض إذا ادعاها.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ سُئِلَ عَن اللقَطَةِ، فَقَالَ: «ما كَانَ مِنْهَا فِى طَرِيقٍ مِيتَاءٍ فَعَرِّفْهَا حَوْلا، فَإِن جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلا فَهِى لَكَ، وَمَا كَانَ مِنْهَا مِنْ خَرَابٍ فَفِيهَا وَفِى الرِّكَازِ الْخُمُسُ».

وقوله: «فى طريق ميتاء»: يعنى: مملوكة قديمة، وروى: «فى طريق مأتى» سميت بذلك لإتيان الناس إليها.

والحال الثانية: أن توجد فى أرض غير مملوكة، من مسجد أو طريق أو موات، فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن تكون بمكة، أو بغير مكة.

فإن كانت بغير مكة من سائر البلاد فعلى ضربين: ظاهر، ومدفون.

فإن كان ظاهرًا فعلى ضربين:

أحدهما: ما لا يبقى كالطعام الرطب، فله حكم نذكره من بعد.

والثانى: أن يكون مما يبقى: كالدراهم، والدنانير، والثياب، والحلى، والقماش - فهذه هى اللقطة التى قال فيها رسول الله ﷺ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَرِّفْهَا حَوْلًا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وإلا فَشَأْنَكَ بِهَا»[١] فعليه أن يقيم شروط تعريفها، ثم له بعد الحول - إن لم يأت صاحبها - أن يتملكها.

وإن كان مدفونًا فضربان: جاهلى، وإسلامى.

فإن كان إسلاميًّا، فلقطة أيضًا، وهى على ما ذكرنا.

وإن كان جاهليًّا، فهو ركاز يملكه واجده، وعليه إخراج خمسه فى مصارف الزكوات؛ لقوله ﷺ: «وفى الركاز الخمس»، وروى عنه ﷺ أنه قال: «وفى السُّيوبِ الْخُمُسُ»[٢]، يعنى: الركاز.

قال أبو عبيد: ولا أراه أخذ إلا من «السيب» وهو العطية.

---

(١) يأتى تخريجه .

(٢) ينظر غريب الحديث لابن الأثير ٢/ ٤٣٢ .

فرع: وإن كانت اللقطة بمكة، فمذهب الشافعى - رحمه الله - أنه ليس لواجدها أن يتملكها، وعليه - إن أخذها - أن يقيم بتعريفها أبدًا، بخلاف سائر البلاد.

وقال بعض أصحابنا: مكة وغيرها سواء فى اللقطة؛ استدلالا بعموم الخبر، وهذا خطأ؛ لما روى عن النبى ﷺ أنه قَالَ: «إِنَّ إِبْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ فَلا يُخْتَلَى خَلَاهَا، وَلا يُعضَدُ شَجَرُهَا، وَلا يُنَفَّرُ صَيْدُهَا، وَلا تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إلا لِمُنْشِدٍ».

وفى المنشد تأويلان:

أحدهما - وهو قول أبى عبيد -: أنه صاحبها الطالب، والناشد: هو المعرف الواجد لها، قال الشاعر:

يصيخ للنبأة أسماعه ... إصاخة النَّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ[1]

فكأن النبى ﷺ قال: لا يحل لأحد أن يتملكها إلا صاحبها، التى هى له دون الواجد.

والتأويل الثانى - وهو قول الشافعى -: أن المنشد: الواجد المعرف، والناشد: هو المالك الطالب. وروى أن النبى ﷺ سمع رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال: «أَيُّهَا الناشدُ، غَيْرُكَ الْوَاجِدُ»[2]، معناه: لا وجدت، كأنه دعا عليه، فعلى هذا التأويل معنى قوله: «لا تحل لقطتها إلا لمنشد»[3] أى: لمعرف يقيم على تعريفها،

---

(١) البيت للمثقب العبدى فى ديوانه ص (٤١)، وجمهرة اللغة ص (٦٥٢، ١٢٦٥)، والبيان والتبيين (٢/ ٢٨٨).

(٢) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (١٧٢٢) من طريق مصعب بن محمد عن أبى بكر بن محمد مرسلاً ... فذكره، وفى (١٧٢٣) من طريق محمد بن المنكدر مرسلاً ... فذكره .

(٣) هو جزء من حديث طويل عن أبى هريرة:
أخرجه البخارى ١/ ٢٧٧ - ٢٧٨ كتاب العلم، باب كتابة العلم (١١٢) وطرفاه فى (٢٤٣٤ و ٦٨٨٠) ومسلم ٢/ ٩٨٨ كتاب الحج، باب تحريم مكة (٤٤٧/ ١٣٥٥) وأحمد ٢/ ٢٣٨ وأبو داود ١/ ٦١٦ كتاب المناسك، باب تحريم حرم مكة (٢٠١٧)، وفى (٣٦٤٩) و (٤٥٠٥)، والترمذى ٣/ ٧٥ أبواب الديات، باب ما جاء فى حكم ولى القتيل فى القصاص والعفو (١٤٠٥) وفى (٢٦٦٧) وابن ماجه ٤/ ٢١٨ كتاب الديات باب من قتل له قتيل فهو بالخيار (٢٦٢٤) والنسائى ٨/ ٣٨ كتاب القسامة، باب هل يؤخذ من قاتل العمد الدية، وابن حبان (٣٧١٥) والطحاوى فى شرح المعاني٣/ ١٧٤ والدارقطنى (٣/ ٩٧)، والبيهقى (٥/ ١٧٧، ٨/ ٥٣) وفى الدلائل له (٥/ ٨٤) والخطيب فى الفقيه والمتفقه (١/ ٩١) .

ولا يتملكها؛ فكان فى كلا التأويلين دليل على تحريم تملكها.

ولأن مكة لما باينت غيرها فى تحريم صيدها وشجرها - تغليظًا لحرمتها - باينت غيرها فى ملك اللقطة.

ولأن مكة لا يعود الخارج منها غالبًا إلى بعد حول - إن عاد - فلم ينتشر إنشادها فى البلاد كلها؛ فلذلك وجب عليه إدامة تعريفها[1].

ولأن مكة بلد صغير، وينتابها الناس من الآفاق، فإذا عرفنا اللقطة فيها، استشاع التعريف فيها، فإن كانت لأحد من أهلها تعرفها فى الحال وأخذها.

وإن كانت لمن ينتابها من الناس من غيرها وقد راح إلى أهله، فلا يخلو أن يخرج من بلده غيره، من صديق له أو قريب، فيمكنه أن يتعرفها له، فكان الحظ فى تركها وحفظها إلى أن يجىء صاحبها؛ لأن الظاهر أنها تصل إليه وليس كذلك سائر البلاد؛ لأن البلد قد يكون كبيرًا لا يستشيع التعريف فيه إن كانت لأهلها، وربما كانت لغريب دخل ذلك البلد، وربما لا يعود إليه، فالظاهر أنها لا تعود إلى مالكها؛ فلذلك جاز تملكها.

إذا ثبت هذا: فإن الملتقط يلزمه المقام لتعريفها، فإن لم يكن المقام، دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح؛ لأن ذلك مصلحة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وهل يجب أخذها؟ روى المزنى أنه قال: لا أحب تركها، وقال فى «الأم»: لا يجوز تركها.

فمن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: لا يجب؛ لأنها أمانة، فلم يجب أخذها كالوديعة.

والثانى: يجب؛ لما روى ابن مسعود، أن النبى ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» ولو خاف على نفسه لوجب حفظها فكذلك إذا خاف على ماله، وقال أبو العباس، وأبو إسحاق، وغيرهما: إن كانت فى موضع لا يخاف عليها؛ لأمانة أهله، لم يجب عليه؛ لأن غيره يقوم مقامه فى حفظها.

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ٤، ٥).

وإن كان فى موضعٍ يخاف عليها لقلة أمانة أهله - وجب؛ لأن غيره لا يقوم مقامه؛ فتعين عليه، وحمل القولين على هذين الحالين.

فإن تركها ولم يأخذها - لم يضمن؛ لأن المال إنما يضمن باليد، أو بالإتلاف، ولم يوجد شىء من ذلك، ولهذا لا يضمن الوديعة إذا ترك أخذها؛ فكذلك اللقطة.

(الشرح) أما حديث ابن مسعود فقد تقدم تخريجه فى كتاب البيوع.

الأحكام: قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: ولا أحب لأحد ترك لقطة وجدها؛ إذا كان أمينًا عليها.

قال الماوردى: وهذا صحيح، وظاهر قوله ههنا: «ولا أحب ترك اللقطة» يقتضى استحباب أخذها دون إيجابه.

وقال فى الأم: ولا يجوز لأحد ترك اللقطة إذا وجدها. فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها؛ فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين الظاهرين، فكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يُخَرِّجُونَ ذلك على اختلاف قولين:

أحدهما: أن أخذها استحباب، وليس بواجب؛ على ظاهر ما نص عليه فى هذا الموضع؛ لأنه غير مؤتمن عليها ولا مُسْتَوْدَع لها.

والقول الثانى: أن أخذها واجب، وتركها مأثم؛ لأنه كما وجب عليه حراسة نفس أخيه المسلم، وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم.

وقال جمهور أصحابنا: ليس ذلك على قولين؛ إنما هو على اختلاف حالين:

فالموضع الذى لا يأخذها: إذا كانت يؤمن عليها، ويأخذها غيره ممن يؤدى الأمانة فيها.

والموضع الذى أوجب عليه أخذها: إذا كانت فى موضع لا يؤمن عليها، ويأخذها غيره ممن لا يؤدى الأمانة فيها؛ لما فى ذلك من التعاون.

وعلى كلا الحالتين: لا يكره له أخذها؛ إذا كان أمينًا عليها.

وحكى عن ابن عباس وعبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - أنهما كرها أخذها[1].

---

(١) انظر السنن الكبرى للبيهقى (٦/١٨٨) كتاب اللقطة، باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير.

وروى أن شريحًا مر بدرهم فلم يعرض له.

وفى هذا القول إبطال التعاون، وقطع المعروف، وقد أخذ أبى بن كعب الصرة التى وجدها(١)، وأخذ على - كرم الله وجهه - الدينار، وأخبرا به النبى ﷺ، فلم ينكر ذلك عليهما، ولا كرهه لهما(٢).

ويجوز أن يكون المحكى عن ابن عباس وابن عمر فيمن كان غير مأمون عليها، أو ضعيفًا عن القيام بها، ونحن نكره لغير الأمين عليها وللضعيف عن القيام بها - أن يتعرض لأخذها، وإنما نأمر به من كان أمينًا قويًّا.

فلو تركها القوى الأمين حتى هلكت، فلا ضمان عليه، وإن أساء.

---

(١) أخرجه البخارى ٥/ ٣٦١ - ٣٦٢ كتاب اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه (٢٤٢٦) وطرفه فى (٢٤٣٧) ومسلم٣/ ١٣٥٠ كتاب اللقطة (٩/ ١٧٢٣) وأحمد ٥/ ١٢٦ وأبو داود ١/ ٥٣٢ كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة (١٧٠١) و (١٧٠٢)، والنسائى فى الكبرى ٣/ ٤٢٢ كتاب اللقطة، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر أبى بن كعب من طرق عن شعبة بن الحجاج.

وأخرجه أحمد ٥/ ١٢٦ وعبد بن حميد (١٦٢) ومسلم (١٠/ ١٧٢٣) وابن ماجه ٤/ ١٣٢ كتاب اللقطة، باب اللقطة (٢٥٠٦) والترمذى ٣/ ٥١ أبواب الأحكام، باب ما جاء فى اللقطة (١٣٧٤) والنسائى فى الكبرى ٣/ ٤٢٢ كتاب اللقطة، باب إذا أخبر صاحب اللقطة صفتها هل تدفع إليه، من طرق عن سفيان الثورى.

وأخرجه أحمد ٥/ ١٢٧ ومسلم (١٠/ ١٧٢٣) والنسائى ٣/ ٤٢١ من طرق عن الأعمش.

وأخرجه أحمد ٥/ ١٢٧ ومسلم (١٠/ ١٧٢٣) وأبو داود (١٧٠٣) وعبد الله بن أحمد فى الزوائد ٥/ ١٢٧ من طرق عن حماد بن سلمة.

وأخرجه مسلم (١٠/ ١٧٢٣) من طريق زيد بن أبى أنيسة.

وأخرجه أحمد ٥/ ١٢٧ من طريق محمد بن جحادة. وأخرجه النسائى فى الكبرى٣/ ٤٢١ من طريق عبد الله بن الفضل.

سبعتهم (شعبة وسفيان والأعمش وحماد بن سلمة وزيد بن أبى أنيسة وابن جحادة وعبد الله بن الفضل) عن سلمة بن كهيل عن سويد بن غفلة قال: كنت مع سلمان بن ربيعة وزيدًا بن صوحان فى غزاة فوجدت سوطًا فقالا لى: ألقه، قلت: لا، ولكنى إن وجدت صاحبه وإلا استمتعت به، فلما رجعنا حججنا، فمررت بالمدينة، فسألت أبى بن كعب - رضى الله عنه - فقال: وجدت صرة على عهد النبى ﷺ فيها مائة دينار، فأتيت النبى ﷺ فقال: «عَرِّفْهَا حولا» فعرفتها حولا، ثم أتيت فقال: «عرفها حولا»، فعرفتها حولا، ثم أتيته فقال: «عرفها حولا»، فعرفتها حولا، ثم أتيته الرابعة فقال: «اعرف عدتها ووكاءها ووعاءها فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها». واللفظ للبخارى.

(٢) يأتى تخريجه.

فإن أخذها لزمه القيام بها، وإن تركها بعد الأخذ لزمه الضمان، ولو ردها على الحاكم فلا ضمان عليه، بخلاف الضوال في أحد الوجهين؛ لأنه ممنوع من أخذ الضوال؛ فضمنها، وغير ممنوع من أخذ اللقطة؛ فلم يضمنها[1].

إذا ثبت هذا، فقد قال العمرانى فى البيان:

إذا أخذ لقطة بنية التعريف، لم يلزمه ضمانها بالأخذ، ولكن يلزمه حفظها مدة التعريف، فإن ردها إلى الموضع الذى وجدها فيه، لم يبرأ بذلك.

قال الشيخ أبو حامد: وهذا وفاق بيننا وبين أبى حنيفة، بخلاف الوديعة؛ فإنه خالفنا فيها.

وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة قال فى اللقطة أيضًا: إنه يبرأ بذلك؛ كما قال فى الوديعة.

ودليلنا: أنه لما أخذها فقد التزم حفظها، فإذا تركها فى الموضع الذى وجدها فيه، فقد ضيعها؛ فلزمه ضمانها، كما لو رماها إلى موضع آخر.

وإن أخذ اللقطة من موضعها بنية تملكها فى الحال، ضمنها بالأخذ، ولا يبرأ بالتعريف. وإن عرفها بعد ذلك، فهل يملكها؟ فيه وجهان، حكاهما المسعودى:

أحدهما: لا يملكها؛ لأنها دخلت فى ضمانه، فهو كما لو أخذها غصبًا.

والثانى: يملكها، وهو الأصح؛ لظاهر الأخبار، ولم يفرق، ولأن سبب التملك هو التعريف، وقد وجد.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أخذها اثنان؛ كانت بينهما؛ كما لو أخذ صيدًا كان بينهما.

فإن أخذها واحد وضاعت منه ووجدها غيره؛ وجب عليه ردها إلى الأول؛ لأنه سبق إليها فقدم؛ كما لو سبق إلى مواتٍ فتحجره.

(الشرح) الأحكام: إذا وجد رجلان لقطة، فأخذاها معًا، كانت بينهما بعد التعريف، كما إذا أثبتا صيدًا.

وإن رأياها معًا، فبادر أحدهما وأخذها، كانت لمن أخذها؛ لأن استحقاق اللقطة بالأخذ دون الرؤية، كما قلنا فى الاصطياد.

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ١٠ - ١١).

فإن رآها أحدهما، فقال لصاحبه: أعطنيها، فأخذها الآخر: فإن أخذها لنفسه كان أحق بها؛ لأن استحقاقها بالأخذ دون الرؤية، وإن أخذها لصاحبه الذى أمره بأخذها، فهل تكون للآمر؟ فيه وجهان؛ بناء على القولين فى التوكيل فى الاصطياد والاحتشاش.

وإن أخذ رجل اللقطة فضاعت منه، ووجدها آخر - فإن الثانى يعرفها، فإن جاء مالكها وأقام البينة عليها وجب عليه ردها إليه؛ لأنه هو المالك لها. وإن لم يجئ مالكها ولكن جاء الملتقط الأول، وأقام البينة على التقاطه لها - وجب على الثانى ردها إليه؛ لأن الأول قد ثبت له عليها حق بالالتقاط؛ فوجب ردها إليه كما لو تحجر مواتًا.

هكذا ذكره العمرانى فى البيان، وقال الماوردى فى الحاوى:

فلو ضاعت اللقطة من الواجد لها، فالتقطها آخر، ثم علم الواجد الأول بها: فإن كان ذلك بعد أن تملكها الأول بعد استكمال تعريفها حولا - فالملتقط الأول أحق بها من الثانى؛ لاستقرار ملكه عليها، وإن كان ذلك قبل استكمال الأول لتعريفها حولا، ففى أحقهما بها وجهان حكاهما ابن كج:

أحدهما: الأول؛ لتقدم يده.

والوجه الثانى: أن الثانى أحق بها؛ لثبوت يده[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإذا أخذها عرف عفاصها: وهو الوعاء الذى تكون فيه، ووكاءها: وهو الذى تشد به، وجنسها، وقدرها، لما روى زيد بن خالدٍ الجهنى، أن النبى ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنةً فإن جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك» فنص على العفاص، والوكاء، وقسنا عليهما الجنس والقدر، ولأنه إذا عرف هذه الأشياء، لم تختلط بماله، وتعرف به صدق من يدعيها.

وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط؟ فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: لا يجب؛ لأنه دخول فى أمانةٍ فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة

والثانى: يجب؛ لما روى عياض بن حمارٍ - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال:

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ١٤) .

«من التقط لقطةً فليشهد ذا عدلٍ، أو ذوى عدلٍ، ولا يكتم ولا يغيب» ولأنه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فتضيع اللقطة أو يسترق اللقيط.

والثالث: أنه لا يجب على اللقطة؛ لأنه اكتساب مالٍ، فلم يجب الإشهاد عليه؛ كالبيع، ويجب على اللقيط؛ لأنه يحفظ به النسب، فوجب الإشهاد عليه؛ كالنكاح.

وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها، لم يلزمه التعريف؛ لأن التعريف للتملك، فإذا لم يرد التملك - لم يجب التعريف.

فإن أراد أن يتملكها؛ نظرت: فإن كان مالًا له قدر يرجع من ضاع منه فى طلبه، لزمه أن يعرفه سنةً؛ لحديث عبد الله بن عمرٍو، وحديث زيد بن خالدٍ، وهل يجوز تعريفها سنةً متفرقةً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، ومتى قطع استأنف؛ لأنه إذا قطع لم يظهر أمرها، ولم يظهر طالبها.

والثانى: يجوز؛ لأن اسم السنة يقع عليها؛ ولهذا لو نذر صوم سنةٍ جاز أن يصوم سنةً متفرقةً.

ويجب أن يكون التعريف فى أوقات اجتماع الناس؛ كأوقات الصلوات وغيرها، وفى المواضع التى يجتمع الناس فيها؛ كالأسواق، وأبواب المساجد؛ لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك، ويكثر منه فى الموضع الذى وجدها فيه؛ لأن من ضاع منه شىء يطلبه فى الموضع الذى ضاع فيه.

ولا يعرفها فى المساجد؛ لما روى جابر قال: سمع رسول الله ﷺ رجلًا ينشد ضالةً فى المسجد؛ فقال له النبى ﷺ: «لا وجدت» وذلك؛ لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات.

ويقول: من ضاع منه شىء؟ أو من ضاع منه دنانير؟ ولا يزيد عليها حتى لا يضبطها رجل؛ فيدعيها.

فإن ذكر النوع، والقدر، والعفاص، والوكاء؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن بمجرد الصفة لا يجب الدفع.

والثانى: يضمن؛ لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل، ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفة.

فإن لم يوجد من يتطوع بالنداء - كانت الأجرة على الملتقط؛ لأنه يتملك به.

وإن كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمرة واللقمة - لم يعرف؛ لما روى أنس قال: مر رسول الله ﷺ على تمرةٍ فى الطريق مطروحةً، فقال: «لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها»

وإن كان مما يطلب إلا أنه قليل - ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يعرف القليل والكثير سنةً - وهو ظاهر النص - لعموم الأخبار.

والثانى: لا يعرف الدينار؛ لما روى أن عليًا - كرم الله وجهه - وجد دينارًا فعرفه ثلاثًا، فقال له النبى ﷺ: «كله أو شأنك به».

والثالث: يعرف ما يقطع فيه السارق، ولا يعرف ما دونه؛ لأنه تافه ولهذا قالت عائشة - رضى الله عنها -: ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ فى الشىء التافه.

(الشرح) حديث زيد بن خالد الجهنى أخرجه البخارى[1]، وأحمد[2]، وابن ماجه[3]، وله ألفاظ أخرى عند مالك[4]، والبخارى[5]، ومسلم[6]، وأبى داود[7]، والترمذى[8]، وأحمد[9]، وابن الجارود فى المنتقى[10]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[11]، والدارقطنى[12]، والبيهقى[13]، وعبد الرزاق[14]، والحميدى[15]، وعبد بن حميد فى المنتخب من المسند[16]، وابن طهمان فى

(١) (١٠/٥٣٨) كتاب: الطلاق، باب: حكم المفقود فى أهله وماله (٥٢٩٢).
(٢) (٤/١١٦).
(٣) (٤/١٣١) كتاب: اللقطة باب ضالة الإبل (٢٥٠٤).
(٤) (٢/٧٥٧) كتاب: الأقضية، باب: القضاء فى اللقطة، حديث (٤٦).
(٥) (٥/٨٤) كتاب: اللقطة، باب: إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة حديث (٢٤٢٩).
(٦) (٣/١٣٤٦) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة، حديث (١/١٧٢٢).
(٧) (٢/٣٣١) كتاب: اللقطة، باب: التعريف باللقطة حديث (١٧٠٤).
(٨) (٣/٦٥٥) كتاب: الأحكام، باب: اللقطة وضالة الإبل، حديث (١٣٧٢).
(٩) (٤/١١٥).
(١٠) رقم (٦٦٦).
(١١) (٤/١٣٤).
(١٢) (٤/٢٣٥).
(١٣) (٦/١٨٥) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة يأكلها الغنى والفقير.
(١٤) (١٠/١٣٠) رقم (١٨٦٠٢).
(١٥) (٢/٣٥٧ - ٣٥٨) رقم (٨١٦).
(١٦) ص (١١٧ - ١١٨) رقم (٢٧٩).

مشيخته[١]، والطبرانى فى الكبير[٢]، والبغوى فى شرح السنة[٣]، كلهم من طريق يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد بلفظ: جاء رجل إلى النبى ﷺ فسأله عن اللقطة؟ فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة: فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها» قال: فضالة الغنم؟ قال: «لك أو لأخيك أو للذئب» قال: فضالة الإبل؟ قال: «ما لك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها».

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وأخرجه مسلم[٤]، وأبو داود[٥]، والترمذى[٦]، وابن ماجه[٧]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[٨]، والبيهقى[٩]، وابن الجارود[١٠]، كلهم من طريق بسر بن سعيد عن زيد بن خالد الجهنى قال: سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «عرفها سنة، فإن لم تعترف فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها، فإن جاء صاحبها فأدها إليه».

قال الترمذى: حديث حسن غريب.

وأما حديث عياض بن حمار فأخرجه أحمد[١١]، وأبو داود[١٢]، والنسائى[١٣]، وابن ماجه[١٤]، والطيالسى[١٥]، وابن حبان[١٦]، وابن الجارود[١٧]، والطحاوى فى

---

(١) ص (٥٦ - ٥٧) رقم (٤).
(٢) (٥) رقم (٥٢٤٩، ٥٢٥٠، ٥٢٥١، ٥٢٥٢، ٥٢٥٣، ٥٢٥٤، ٥٢٥٥، ٥٢٥٦، ٥٢٥٧، ٥٢٥٨).
(٣) (٤/٤٣٨).
(٤) (٣/١٣٤٧) كتاب اللقطة، باب اللقطة، حديث (١٧٢٢/٧).
(٥) (١/٥٣٣) كتاب: اللقطة، باب: التعريف باللقطة، حديث (١٧٠٦).
(٦) (٣/٦٥٦) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل، حديث (١٣٧٣).
(٧) (٢/٨٣٨) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة، حديث (٢٥٠٧).
(٨) (٤/١٣٨) كتاب: البيوع، باب: اللقطة والضوال.
(٩) (٦/١٨٦) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة يأكلها الغنى والفقير.
(١٠) (٦٦٩).
(١١) (٤/١٦١).
(١٢) (٢/٣٣٥) كتاب: اللقطة، باب: التعريف باللقطة حديث (١٧٠٩).
(١٣) تحفة الأشراف (٨/ ٢٥٠).
(١٤) (٢/٨٣٧) كتاب اللقطة حديث (٢٥٠٥).
(١٥) (١/٢٧٩ - منحة) حديث (١٤٠٩).
(١٦) (١١٦٩ - موارد).
(١٧) (٦٧١).

شرح معانى الآثار[١]، وفى مشكل الآثار[٢]، والطبرانى فى الكبير[٣]، والبيهقى[٤]، وابن عبد البر فى التمهيد[٥]، كلهم من طريق خالد الحذاء عن يزيد بن عبد الله بن الشخير عن مطرف عن عياض بن حمار، به.

أما حديث جابر فقد تقدم تخريجه فى كتاب الصلاة.

وأما حديث أنس فقد تقدم تخريجه فى الزكاة.

وأما حديث على فأخرجه أبو داود[٦] من حديث أبى سعيد الخدرى بنحوه، وأخرجه[٧] أيضًا من طريق بلال بن يحيى العبسى عن على.

وأما حديث عائشة فأخرجه البخارى[٨] ومسلم[٩].

أما عياض بن حمار[١٠] فهو: عياض بن حمار بن أبى حمار بن ناجية بن عقال بن محمد بن سفيان، من مجاشع، المجاشعى، يعد فى البصريين، وكان صديقا لرسول الله ﷺ قديما، روى عنه مطرف بن عبد الله وأخوه يزيد، والحسن البصرى وغيرهم وعياض: بكسر العين وفتح الياء تحتها نقطتان، وآخره ضاد معجمة، وحمار: بكسر الحاء المهملة وفتح الميم وآخره راء، وناجية: بالنون والجيم، وعقال: بكسر العين.

قوله: (اعرف عفاصها ووكاءها)[١١] العفاص: جلد يلبسه رأس القارورة، وأما الذى يدخل فى فيها فهو الصمام.

---

(١) (٤/ ٣٦).
(٢) (٤/ ٢٠٧ - ٢٠٨).
(٣) (١٧) رقم (٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٩، ٩٩٠).
(٤) (٦/ ١٨٧) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة يأكلها الغنى والفقير.
(٥) (٣/ ١٢١ - ١٢٢).
(٦) (١/ ٥٣٥) كتاب اللقطة حديث (١٧١٤).
(٧) (١/ ٥٣٦) كتاب: اللقطة، حديث: (١٧١٥).
(٨) (١٢/ ٩٩) كتاب: الحدود، باب: قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة...﴾ حديث (٦٧٩٢، ٦٧٩٣، ٦٧٩٤).
(٩) (١٦٨٥) كتاب: الحدود، باب حد السرقة ونصابها.
(١٠) ينظر: جمهرة الأنساب ٢٣١، طبقات ابن سعد (٧/ ٣٦)، الإصابة (٤/ ٧٥٢)، الكاشف (٢/ ٣٦٤)، الثقات (٣/ ٣٠٨)، المغنى (٢/ ٢٨٤).
(١١) ينظر: النظم (٢/ ٧٥).

قال أبو عبيد[(١)]: هو الوعاء الذى تكون فيه النفقة، إن كان جلدًا أو خرقة أو غير ذلك.

والوكاء: مفسر فى الكتاب، وأصله: من «أوكيت»: إذا شددت، وفى الحديث: (لا توكى فيوكى الله عليك)[(٢)].

وقوله: (مالا له قدر)[(٣)] أى: عظيم كثير، يقال: فلان له قدر عند الناس، أى: منزلة ودرجة، قال الله - تعالى -: ﴿وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ﴾ [الأنعام: ٩١] أى: ما عظموه حق عظمته.

وقوله: (ينشد ضالة) أى: يطلبها، نشدت الضالة: طلبتها، وأنشدتها[(٤)]: دللت عليها.

وأصل النشيد: رفع الصوت، ومنه: نشيد الشعر، وهو: رفع الصوت به، وأما: نشدتك بالله، فمعناه: سألتك بالله.

وقوله: (الشىء التافه) هو: الحقير اليسير، وفى الحديث فى القرآن: (لايتفه ولا يتشان)[(٥)].

الأحكام: واجد اللقطة - وإن كان مخيرًا فى أخذها، فعليه بعد الأخذ القيام بها، والتزام الشروط فى حفظها على مالكها، والشروط التى يؤمر بها آخذ اللقطة سبعة أشياء جاء النص ببعضها، والتنبيه على باقيها:

أحدها: معرفة عفاصها، وهو ظرفها الذى هى فيه عند التقاطها.

---

(١) ينظر: غريب الحديث (٢/ ٢٠١).

(٢) أخرجه عن أسماء بنت أبى بكر: الحميدى (٣٢٥)، وأحمد (٦/ ١٣٩، ٣٤٤، ٣٥٣، ٣٥٤)، وأبو داود (١/ ٥٣١) كتاب الزكاة، باب فى الشح (١٦٩٩)، والترمذى (٣/ ٥٠٩) أبواب البر والصلة، باب ما جاء فى السخاء (١٩٦٠)، ومن طريق آخر أخرجه البخارى (٤/ ٥٢)، كتاب الزكاة، باب التحريض على الصدقة (١٤٣٣)، ومسلم (٢/ ٧١٣) كتاب الزكاة؛ باب الحث فى الإنفاق (٨٨/ ١٠٢٩).

(٣) ينظر: النظم (٢/ ٧٦).

(٤) وأنشدته: دللته عليها. وفى الفرق بين «فعل» «وأفعل» من «نشد» ينظر العين (٦/ ٢٤٣)، وغريب الحديث لأبى عبيد (٢/ ١٣٣)، وللخطابى (١/ ٥٠٤)، (٢/ ٨٩)، وتصحيح الفصيح (١/ ١٨٦).

(٥) ينظر: غريب الحديث (٣/ ١٥٣)، (٤/ ٥٥)، والفائق (١/ ١٥٢)، والنهاية (١/ ١٩٢).

والشرط الثانى: معرفة وكائها، وهو الخيط المشدودة به، وبهذين الشرطين جاء النص، ولأنها تتميز بمعرفة هذين عن جميع أمواله؛ فيأمن اختلاطها بها.

والشرط الثالث: معرفة عددها؛ تنبيهًا بالنص؛ لأن معرفة عددها أحوط من تمييزها عن طريق الظرف؛ لأن الظرف قد يشتبه.

والشرط الرابع: معرفة وزنها؛ ليصير به معلومًا يمكن الحكم به إن وجب غرمها.

والشرط الخامس: أن يكتب بما وصفناه من أوصافها كتابًا، وأنه التقطها من موضع كذا، فى وقت كذا؛ لأنه ربما كان ذكر المكان والزمان مما يذكره الطالب من أوصافها.

والشرط السادس: أن يشهد على نفسه بها شاهدين، أو شاهدًا وامرأتين؛ ليكون وثيقة عليه؛ خوفًا من حدوث طمعه فيها، ولأنه ربما مات ولم يعلم وارثه بها أو غرماؤه، ولئلا يحدث من الورثة طمع. وقد روى فى بعض الأخبار أنه قال لوجد اللقطة: «وأشهد ذوى عدل».

والشرط السابع: أن يعرفها؛ لأمر النبى ﷺ به لواجدها، ولأنه لا طريق إلى علم مالكها إلا بالتعريف لها.

فإذا أكمل حال هذه الشروط السبعة - على ما سنذكره من صفة التعريف - فقد قام بحقوقها. وربما استغنى عن بعض هذه الشروط فى بعض اللقطة؛ لأنه ربما وجد دينارًا أو درهمًا، فلا يكون له عفاص ولا وكاء، فلا يحتاج إلى معرفتهما.

والواجب من ذلك كله شرطان متفق عليهما، وثالث مختلف فيه:

أحد الشرطين المتفق عليهما: تمييزها عن أمواله كلها بأى وجه تميزت به، سواء احتاج إلى معرفة عفاص ووكاء، أو لم يحتج.

والثانى: التعريف الذى به يصل إلى معرفة المالك وإعلامه.

وأما المختلف فيه: فالإشهاد عليها، ولأصحابنا فى وجوب الإشهاد على اللقطة والملقوط ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الإشهاد فيهما واجب؛ لما فيه من الوثيقة، وفى تركه من التغرير.

والوجه الثانى: أن الإشهاد فيهما مستحب؛ لأن الواجد مؤتمن فلم يجب عليه الإشهاد؛ كالوصى والمودع.

والوجه الثالث: أن الإشهاد على التقاط المنبوذ واجب، والإشهاد على أخذ

اللقطة ليس بواجب، والفرق بينهما: أن اللقطة كسب مال، فكان أمرها أخف، واللقيط يتعلق به نسب وإثبات حرية؛ فكان أمره أغلظ؛ ألا ترى أن البيع لما كان اكتساب مال لم يجب فيه الشهادة، ولما كان النكاح مفضيًا إلى إثبات نسب، وجبت فيه الشهادة[1]؟!

وإنما قلنا ذلك؛ لما روى زيد بن خالد: أن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا»، وفي حديث أبي بن كعب: «اعْرِفْ عَدَدَهَا، وَوِعَاءها، وَوِكَاءَهَا» فنص على هذه الأشياء، وقسنا غيرها عليها؛ لأنها في معناها.

فرع: واختلف أصحابنا لأي معنى أمر بتعرف هذه الأشياء؟

فقال أبو إسحاق: يحتمل ثلاثة معان:

أحدها: أن المقصود ما في الوعاء؛ فنص النبي ﷺ على معرفة الوعاء والوكاء وحفظهما؛ لينبه على معرفة ما في الوعاء وحفظه.

والثاني: أن الوعاء والوكاء لا خطر له، والعادة أن الإنسان إذا وجد شيئًا ربما يرمي بالوعاء والوكاء، فأمر النبي ﷺ بحفظهما؛ لئلا يرمي بهما.

والثالث: أن الملتقط ربما خلط اللقطة ودفعها في جملة أمواله، فأمر بمعرفة الوعاء والوكاء؛ لكي تتميز عن أمواله ولا تختلط بها.

ومن أصحابنا من قال: إنما أمره بمعرفة ذلك؛ لأن صاحبها ربما جاء ووصفها بذلك، فإن غلب على ظنه صدقه، جاز له الدفع إليه بذلك.

ومن أصحابنا من قال: إنما أمره بمعرفة ذلك؛ لأنه إذا عرف ذلك أمكنه الإشهاد عليها، والتعريف لها؛ لتكون معلومة بما ذكرناه.

قال الشافعي: ويكتبها ويشهد عليها.

قال أصحابنا: يكتبها؛ لئلا ينسى ما عرفه، وذلك مستحب غير واجب.

وأما الإشهاد عليها: فقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فيه.

إلا أن مالكًا قال: إن لم يشهد عليها ضمنها؛ لما روى عياض بن حمار: أن النبي ﷺ قال: «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل - أو ذوي عدل - ولا يكتم، ولا يغيب. فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهو مال الله - عز وجل - يؤتيه من يشاء».

---

(١) ينظر الحاوي (٨/ ١١ - ١٢).

ولأنه إذا لم يشهد عليها، كان الظاهر أنه أخذها لنفسه.

ولأن القصد من أخذ اللقطة حفظها على صاحبها، والحفظ إنما يتم بالإشهاد؛ لأنه ربما غاب أو مات، ويأخذها ورثته.

قال المسعودى: إذا قلنا: يجب الإشهاد، فإنه يشهد: إنه وجد لقطة، ولا يعلم الشهود بالعفاص والوكاء، وغير ذلك.

فرع: فإذا تقرر ما وصفنا من شروطها، فسنشرح حال المقصود منها، وهو التعريف، والكلام فيه يشتمل على ثلاثة أمور:

أحدها: فى مدة التعريف.

والثانى: فى مكان التعريف.

والثالث: فى صفة التعريف.

فأما مدة التعريف: فمذهب الشافعى وأبى حنيفة ومالك وجمهور الفقهاء: أنه يعرفها حولا كاملا، ولا يلزمه الزيادة عليه، ولا يجزئه النقصان عنه.

وقال شاذ من الفقهاء: يلزمه أن يعرفها ثلاثة أحوال، لا يجزئه أقل منها؛ استدلالًا بما روى عن النبى ﷺ أنه أمر واجد اللقطة أن يعرفها حولًا، ثم عاد إليه فأمره أن يعرفها حولا، ثم عاد إليه فأمره أن يعرفها حولا.

وقال أحمد بن حنبل: عليه تعريفها شهرًا واحدًا، وروى فى ذلك خبرًا.

وقال آخر: يعرفها ثلاثة أيام؛ استدلالا بحديث على - عليه السلام - أن النبى ﷺ أمره بتعريفها ثلاثًا.

والدليل على وجوب تعريفها حولا: حديث زيد بن خالد الجهنى أن النبى ﷺ قال: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا».

وحدثنا أبى بن كعب: أن النبى ﷺ أمره بتعريفها حولا.

ولأن الحول فى الشرع أصل معتبر فى الزكاة والحرية؛ فكان أولى أن يكون معتبرًا فى اللقطة.

ولأن الحول جميع فصول الأزمنة الأربعة، وينتهى إلى مثل زمان وجودها؛ فكان الاقتصار على ما دونه تقصيرًا، والزيادة عليه مشقة.

فأما الاستدلال الأول بأن النبى ﷺ أمره أن يعرفها حولا، ثم حولا، ثم حولا -

فعنه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على من اختار ذلك، فسأله عن الجواز دون الوجوب.

والثانى: يحمل على أنه أمره ثلاث مرات أن يعرفها حولا؛ فكان الحول واحدًا، والأمر به ثلاثًا.

وأما استدلال أحمد على الشهر بالخبر الذى رواه عنه فمحمول على من بقى من حوله شهر.

وأما من استدل بأنه أمر عليًا - رضى الله عنه - بأن يعرفه ثلاثًا، فعنه أجوبة:

أحدها: حمله على الأمر ثلاثًا بالتعريف على ما تقدم.

والثانى: أنه أمره بتعريفه بنفسه ثلاثًا؛ ليستكمل غيره مدة التعريف.

والثالث: أنه يجوز أن يكون علم من ضرورته ما أباح له ذلك قبل بلوغ أجله؛ فإن للمضطر أن يستبيح من مال غيره ما يدفع به ضرورة وقته، وذلك ظاهر من قول بعض الشعراء حيث قال:

إِذَا صَادَفَ الْمَلِكَ دِينَارٌ وَقَدْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ الضَّرُورَاتِ اللُّقَطْ
دِينَارُكَ اللهُ تَوَلَّى نَقْشَهُ كَذَلِكَ الْحِنْطَةُ مِنْ خَيْرِ الحِنَطْ

فإذا وجب تعريفها حولا بما ذكرنا، فأول وقت الحول من ابتداء التعريف لا من وقت الوجود، وليس عليه أن يستديم تعريفها فى جميع نهاره، ولكن عليه أن يشيع أمرها فى كل يوم بالنداء عليها مرتين أو ثلاثًا، لا سيما فى ابتداء الأمر وأوله، ثم يصير التعريف فى كل أسبوع مرتين أو ثلاثًا حتى يصير فى الأسبوع مرة لا يقصر عنها.

فلو عرفها ستة أشهر، ثم أمسك عن تعريفها ستة أشهر - فهو غير مستوف لمدة التعريف، وعليه أن يعرفها ستة أشهر أخرى؛ ليستكمل الحول فى تعريفها.

ثم ينظر حاله عند إمساكه لها بعد ستة أشهر من تعريفها: فإن كان قد نوى تملكها فقد ضمنها، ولا يصير مالكًا لها. وإن لم ينو تملكها، فهل يصير ضامنًا لها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد ضمنها؛ لأن إمساكه عن التعريف تقصير.

والثانى: لا يضمنها؛ لأن إتيانه بالتعريف يوجب عليه استيفاء جميعه، ولا يكون

ذلك تقصيرًا، وهذا قول المزنى[١].

وقال العمرانى فى البيان: إن عرفها شهرًا، ثم قطع التعريف مدة، ثم عرفها، ثم قطع التعريف، ثم عرفها إلى أن استوفى مدة التعريف متفرقة - ففيه وجهان:

أحدهما: تجزئه؛ لأنه يقع عليها اسم سنة التعريف، فهو كما لو نذر صوم سنة وصامها سنة متفرقة، أجزأه.

والثانى: لا تجزئه حتى يأتى بها متوالية؛ لقوله ﷺ: «عرفها حولا» وظاهره التوالى، ولأن المقصود بالتعريف وصول الخبر إلى المالك، وذلك لا يحصل إلا بالتوالى، كما لو حلف ألَّا يكلم زيدًا سنة.

وأما وقت التعريف: فهو بالنهار دون الليل، ودون أوقات الخلوة؛ لأن العادة جرت بتعريف اللقطة وطلبها بالنهار دون الليل، ويستحب أن يكثر منه فى أدبار الصلوات؛ لأن الناس يجتمعون لها؛ فيتصل الخبر بمالكها.

وأما قدر التعريف: فليس عليه أن يعرف من أول النهار إلى آخره؛ لأن فى ذلك مشقة عليه، وينقطع عن دينه ودنياه.

قال الصيمرى: بل يعرفها فى اليوم مرة أو مرتين؛ لأن المقصود يحصل بذلك.

فرع: فأما مكان التعريف: ففى مجامع الناس ومحافلهم من البلد الذى وجدها فيه، وليكن تعريفها على أبواب المساجد، فقد سمع رسول الله ﷺ رجلا ينشد ضالته فى المسجد، فقال: «أَيُّهَا النَّاشِدُ، غَيْرُكَ الْوَاجِدُ»[٢].

وليكثر من تعريفها فى محاط الرحال، ومناخ الأسفار، وفى الأسواق، فأما الضواحى الخالية، فلا يكون إنشادها فيها تعريفًا.

وروى المزنى عن الشافعى أنه قال: ويكون أكثر تعريفها فى الجمعة التى أصابها فيها. وروى عن الربيع أنه قال: فى الجماعة التى أصابها فيها. فكان بعض أصحابنا ينسب المزنى إلى الغلط فى روايته، وأن الأصح رواية الربيع؛ لأن الجمعة وغيرها من الأيام فى التعريف سواء، وإنما يؤمر بتعريفها فى الجماعة التى أصابها فيها؛ لأن من ضاع منه شىء فى جماعة، فالأغلب أنه يلازم طلبه فى تلك الجماعة.

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ١٢ - ١٣).

(٢) تقدم.

وقال سائر أصحابنا: إن كلا الروايتين صحيحة، ولهم فى استعمال رواية المزنى جوابان:

أحدهما - وهو قول أبى إسحاق المروزى -: أنه إنما خص يوم الجمعة بكثرة التعريف فيه على سائر الأيام؛ لاجتماع الأباعد فيه، وإشهار ما يكون فيه.

والثانى: أن رواية المزنى محمولة على أن الواجد أصابها يوم الجمعة؛ فيكون أكثر تعريفه لها يوم الجمعة؛ لأنها ربما سقطت ممن كان خارج المصر الذى لا يأتيه إلا فى كل جمعة، ورواية الربيع محمولة على أنه وجدها فى جماعة؛ فيكون أكثر تعريفه لها فى تلك الجماعة؛ لأنها الأغلب من بقاع طالبها.

فصل: فأما صفة التعريف: فهو مخير بين أحد أمرين:

إما أن يقول: من ضاع منه شىء، ولا يذكر جنسه، وهذا أولى الأمرين.

وإما أن يذكر الجنس، فيقول: من ضاعت منه دراهم، أو: من ضاعت منه دنانير، ولا يصفها بجميع أوصافها فينازع فيها.

فإن وصفها بجميع أوصافها من: العدد، والوزن، وذكر العفاص، والوكاء - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا ضمان عليه؛ لأنها لا تدفع إلى الطالب بمجرد الصفة حتى يقيم البينة عليها.

والوجه الثانى: عليه الضمان؛ لأنه ربما كان الحاكم ممن يرى دفعها بالصفة؛ فإذا سمعها بالتعريف من تقل أمانته، أسرع إلى ادعائها.

وينبغى أن يكون المعرف لها مأمونًا غير مشهور بالخلاعة والمزاح حتى لا ينسب عند التعريف إلى الكذب والمجون، فإن وجد متطوعًا بالتعريف فهو أولى، وإن لم يجد إلا مستجعلا: فإن تطوع الواجد ببذل جعله من ماله كان محسنًا، وإن دفعه دينًا على صاحبها استأذن فيه حاكمًا؛ ليصح له الرجوع به، فإن لم يستأذن وهو قادر على استئذانه وأشهد بالرجوع - ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع.

والثانى: لا يرجع[1].

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ١٤) .

وإن دفعها الملتقط إلى القاضى ليعرفها القاضى عنه، أو دفعها إلى أمين بأمر القاضى - جاز. وإن دفعها إلى أمين ليعرفها عنه بغير أمر القاضى ففيه وجهان، حكاهما المسعودى:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنها أمانة فى يده فلم يكن له إخراجها من يده بغير إذن المالك والقاضى من غير ضرورة، كالوديعة.

والثانى: له ذلك؛ لأن صاحب الشرع قد جعله وليًّا على هذه اللقطة، فصار كتصرف الأب فى مال الابن.

إذا ثبت ما ذكرناه: فإن التعريف واجب، والدليل على ذلك قوله ﷺ: «ثم عرفها سنة». وهذا أمر، والأمر يقتضى الوجوب، ولأن سبب التملك هو التعريف، فمتى أراد التملك لزمه الإتيان بالسبب.

أما إذا أخذ اللقطة بنية أن يحفظها على صاحبها أبدًا، فهل يلزمه تعريفها؟ فيه وجهان، حكاهما الطبرى:

أحدهما: لا يلزمه، وهو المشهور؛ لأن التعريف يراد للتملك وإباحة أكلها، ولا نية له فى ذلك.

والثانى: يلزمه التعريف؛ لقوله ﷺ: «عَرِّفْهَا سَنَةً»، ولأن صاحبها لا يعلم بها إلا بالتعريف.

فرع: فإن كانت اللقطة يسيرة بحيث يعلم أن صاحبها لو علم أنها ضاعت منه لم يطلبها، كزبيبة أو تمرة وما أشبههما، لم يجب تعريفها، وله أن ينتفع بها فى الحال؛ لما روى أنس: أن النبى ﷺ مر بتمرة مطروحة فى الطريق فقال: «لَوْلا أَنِّى أَخْشَى أَنْ تَكُوْنَ مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ، لأَكَلْتُهَا».

وروى جابر قال: رخص لنا رسول الله ﷺ فى العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به(١).

---

(١) أخرجه أبو داود ١/ ٥٣٧ كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة (١٧١٧) والبيهقى ٦/ ١٩٥ كتاب اللقطة، باب ما جاء فى قليل اللقطة.
وقال أبو داود: رواه النعمان بن عبد السلام عن المغيرة أبى سلمة بإسناده.
ورواه شبابة عن مغيرة بن مسلم عن أبى الزبير عن جابر قال: كانوا لم يذكروا النبى ﷺ.
وقال البيهقى: فى رفع هذا الحديث شك وفى إسناده ضعف.

وروى: أن عمر بن الخطاب رأى رجلا يعرف زبيبة، فقال: إن من الورع ما يمقته الله.

فرع: وإن كانت اللقطة يسيرة، إلا أنها مما تتبعها النفس، ويطلبها صاحبها إذا علم أنها ضاعت منه - فهل يجب تعريفها سنة أو ثلاثة أيام؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجب تعريفها سنة، بل يكفى ثلاثة أيام؛ لأن ذلك يشق.

والثانى - وهو المذهب -: أنه يجب تعريف الكثير واليسير سنة؛ لقوله ﷺ: «عَرِّفْهَا سَنَةً» ولم يفرق.

إذا ثبت هذا، وقلنا: لا يجب تعريف اليسير سنة - ففى قدره ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الدينار فما دونه، يسير، وما زاد عليه كثير؛ لما روى: أن عليًّا - رضى الله عنه - وجد دينارًا، فذكره للنبى ﷺ، فأمره بأكله.

والثانى: أن اليسير درهم فما دونه، وما زاد عليه كثير.

والثالث: أن ما دون ربع دينار يسير، وربع دينار فما زاد عليه كثير؛ لقول عائشة - رضى الله عنها -: ما كانت يد السارق تقطع فى عهد رسول الله ﷺ فى الشىء التافه. ومعلوم أنها كانت تقطع بربع دينار.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن عرفها فلم يجد صاحبها، ففيه وجهان:

أحدهما: تدخل فى ملكه بالتعريف؛ لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص، أن النبى ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها، وإلا فهى لك» ولأنه كسب مالٍ بفعلٍ، فلم يعتبر فيه اختيار التملك؛ كالصيد.

والثانى: أنه يملكه باختيار التملك؛ لما روى فى حديث زيد بن خالدٍ الجهنى أن النبى ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» فجعله إلى اختياره، ولأنه تملك ببدلٍ، فاعتبر فيه اختيار التملك كالملك بالبيع.

وحكى فيه وجهان آخران:

أحدهما: أنه يملك بمجرد النية.

والثانى: يملكه بالتصرف.

ولا وجه لواحدٍ منهما، ولا فرق فى ملكها بين الغنى والفقير؛ لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها» ولم يفرق؛ لأنه ملك بعوضٍ فاستوى فيه الغنى والفقير كالملك فى القرض والبيع.

(الشرح) قوله: (وإلا فشأنك بها) الشأن: الأمر والحال، ومعناه: أمرها إلى اختيارك ومرادك، قال الله - تعالى -: ﴿كُلَّ يَوْمٍ هُوَ فِي شَأْنٍ﴾ [الرحمن: ٢٩].

الأحكام: إذا استكمل تعريف اللقطة حولا، كان بعده بالخيار بين أن يتملكها، وبين أن تكون فى يده أمانة، وبين أن يدفعها إلى الحاكم؛ ليحفظها على مالكها: بأن يضعها فى بيت المال، أو على يد أمين.

وقال عبد الله بن عمر: لا يجوز للواجد بعد تعريف الحول أن يتملكها، بل عليه أن يضعها فى بيت المال[١].

وقال مالك: إن كان غنيًّا جاز له أن يتملكها، وإن كان فقيرًا لم يجز؛ لعجز الفقير عن الغرم، وقدرة الغنى عليه.

وقال أبو حنيفة: يجوز للفقير أن يتملكها دون الغنى.

وسيأتى تفصيل القول فى مسألة تملك الغنى والفقير للقطة فى الفرع الآتى - إن شاء الله تعالى - والدليل على جميعهم قوله ﷺ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلا فَشَأْنَكَ بِهَا»، وروى فى بعض الأخبار أنه قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وإلا فَهِى لَكَ»، وقد أذن رسول الله ﷺ لعلى - رضى الله عنه - أن يتملك الدينار، وهو لا يجد غرمه، حتى غرمه عنه رسول الله ﷺ؛ فبطل به قول مالك. وأذن لأبى بن كعب أن يتملك الصرة، وهو غنى؛ فبطل به قول أبى حنيفة. ولأن الواجد لو مُنع بعد الحول من تملكها، أدى ذلك إلى أحد أمرين:

إما ألا يرغب الواجد فى أخذها. وإما أن تدخل المشقة عليه فى استدامة إمساكها؛ فكان إباحة التملك لها بعد التعريف أحث على أخذها، وأحفظ على مالكها؛ لثبوت غرمها فى ذمته؛ فلا تكون معرضة للتلف.

وليكون ارتفاق الواجد بمنفعتها فى مقابلة ما عاناه فى حفظها وتعريفها.

وهذه كلها معان استوى فيها الغنى والفقير.

ثم مذهب الشافعى: لا فرق بين المسلم والذمى فى أخذها للتعريف، وتملكها

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ١٠/ ١٣٥ - ١٣٦ (١٨٦١٨) عن عمر بن الخطاب، بنحوه.

بعد الحول؛ لأنها كسب يستوى فيها المسلم والذمى.

وقال بعض أصحابنا: لا حق للذمى فيها فهو ممنوع من أخذها وتملكها؛ لأنه ليس من أهل التعريف؛ لعدم ولايته على المسلم، ولا ممن يملك مرافق دار الإسلام كإحياء الموات[١].

فرع: قال الشافعى - رحمه الله - : « ويأكل اللقطة الغنى والفقير، ومن تحل له الصدقة وتحرم عليه، قد أمر رسول الله ﷺ أبى بن كعب-رضى الله عنه-وهو من أيسر أهل المدينة-أو كأيسرهم-وجد صرة فيها ثمانون دينار: أن يأكلها، وأن عليا-رضى الله عنه- ذكر للنبى ﷺ أنه وجد دينارا، فأمره أن يعرفه، فلم يُعْرَف، فأمره النبى بأكله، فلما جاء صاحبه أمره بدفعه إليه، وعلى-رضى الله عنه-ممن تحرم عليه الصدقة؛ لأنه من صَلِيبة بنى هاشم».

قال الماوردى: وهذا كما قال: يجوز لواجد اللقطة بعد تعريفها حولا أن يتملكها، ويأكلها غنيا كان أو فقيرا.

وقال أبو حنيفة: يجوز له ذلك إن كان فقيرا، ولا يجوز إن كان غنيا أن يتملكها، ويكون مخيرا فيها بين أمرين: إما أن تكون فى يده أمانة لصاحبها أبدا كالوديعة، وإما أن يتصدق بها، فإن جاء صاحبها، وأمضى صدقته، فله ثوابها، ولا غرم على الواجد.

وإن لم يمض الصدقة، فثوابها للواجد، وعليه غرمها؛ استدلالا بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: « فإن جاء صاحبها، وإلا تصدق بها» وهذا نص.

قال: ولأنه مال يعتبر فيه الحول؛ فوجب أن يختلف فيه حال الغنى والفقير، كالزكاة.

ولأنها مال مسلم؛ فوجب ألا يحل إلا للمضطر؛ قياسا على غير اللقطة.

ودليلنا: عموم قوله ﷺ لواجد اللقطة: « فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» يقتضى التسوية بين الغنى والفقير.

وروى أن أبى بن كعب وجد صرة فيها ثمانون دينارا -وروى مائة دينار-فأخبر بها النبى ﷺ فقال: « عرفها حولا، فإن جاء صاحبها، وإلا فاستمتع بها» قال الشافعى:

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ١٥).

وأبى من أيسر أهل المدينة أو كأيسرهم ولو لم يكن موسرا لصار بعشرين دينارا منها موسرا؛ على قول أبى حنيفة؛ فدل ذلك على أن الفقر غير معتبر فيها، وأن الغنى لا يمنع منها.

وروى عطاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى أن على بن أبى طالب-رضى الله عنه-وجد دينارا فأتى به إلى النبى ﷺ، فقال: يا رسول الله، وجدت هذا الدينار، فقال رسول الله ﷺ: «عرفه ثلاثا، فعرفه ثلاثا فلم يجد من يعرفه، فرجع إلى رسول ﷺ فأخبره، فقال: كله أو سائل به» فابتاع منه بثلاثة دراهم شعيرًا، وبثلاثة دراهم تمرا، وقضى عنه ثلاثة دراهم، وابتاع بدرهم لحما، وبدرهم زيتا-وكان الصرف على أحد عشر درهما بدينار-حتى إذا أكله جاء صاحب الدينار يتعرفه، فقال على-عليه السلام-قد أمرنى رسول الله ﷺ بأكله، فانطلق صاحبه إلى رسول الله ﷺ فذكر ذلك، فقال رسول الله ﷺ: «إذا جاءنا شىء أديناه إليك» وكان صاحب الدينار يهوديا.

قال الشافعى: وعلى ممن تحرم عليه الصدقة، لأنه من طينة بنى هاشم، ولو كانت اللقطة تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه.

ولأن كل من كان من أهل الالتقاط، جاز أن يرتفق بالأكل والتملك كالفقير.

ولأن ما ثبت للفقير فى اللقطة ثبت للغنى؛ كالنسك والصدقة.

ولأن كل ما استباح الفقير إتلافه بشرط الضمان، استباح الغنى إتلافه بشرط الضمان؛ كالقرض؛ ولا يدخل عليه طعام المضطر؛ لاستوائهما فيه، وقد جعل المضطر أصلا، فيقول: كل ارتفاق بمال الغير إذا كان مضمونا استوى فيه الغنى والفقير؛ كأكل مال الغير للمضطر.

ولأنه استباح إتلاف مال الغير؛ لمعنى فى المال؛ فوجب أن يستوى فيه حكم الغنى والفقير؛ ولأن كل ما استبيح تناوله عند الإياس فى الأغلب من مالكه، استوى فيه حكم الغنى والفقير؛ كالركاز.

ولأنه لا يخلو حال اللقطة فى يد واجدها من أن تكون فى حكم المغصوب؛ فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من الغنى والفقير، أو فى حكم الودائع؛ فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غنى، أو حكم الكسب، فيجوز أن يتملكها الغنى والفقير، ومذهب أبى حنيفة فيها مخالف لأصول هذه الأحكام الثلاثة؛ فكان فاسدا.

ثم يقال لأبي حنيفة: الثواب إنما يستحق على المقاصد بالأعمال لا على أعيان الأفعال؛ لأن صورها في الطاعة والمعصية على سواء: كالمرائي بصلاته.

ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفا على غير العامل في استحقاقه وإحباطه.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «تصدق بها» فمحمول على أن الواجد سأله عن ذلك، فأذن له فيه.

وأما الزكاة: فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطة؛ لأن الزكاة تملك غير مضمون ببدل، واللقطة تؤخذ مضمونة ببدل؛ فكأن الغنى أحق بتملكها؛ لأنه أوفى ذمة، وأما ما ذكروه من المضطر فقد جعلناه أصلا[1]، وبالله التوفيق. ا هـ.

فرع: فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واحد من غنى أو فقير، فقد اختلف أصحابنا: بماذا يصير مالكًا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصير مالكًا لها بمضى الحول وحده، إلا أن يختار أن تكون أمانة؛ فلا تدخل فى ملكه، وهذا قول أبى حفص بن الوكيل؛ لأنه كسب على غير بدل؛ فأشبه الركاز والاصطياد.

والوجه الثاني: أنه يملكها بعد مضى الحول باختيار التملك، فإن لم يختر التملك لم يملك، وهذا قول أبى إسحاق المروزى؛ لأن النبى ﷺ قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلا فَشَأْنَكَ بِهَا»، فرد أمره إلى اختياره.

ولأنه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمنًا؛ فاقتضى ألا ينتقل عما كان عليه إلا باختيار ما أبيح له.

والوجه الثالث: أنه لا يملكها بعد مضى الحول إلا بالاختيار والتصرف، وهو ما لم يتصرف غير مالك؛ لأن التصرف منه كالقبض فأشبه الهبة[2].

هذا تقسيم الماوردى فى «الحاوى»، أما العمرانى فى «البيان» فقد عرض للمسألة قائلا:

إذا وجد اللقطة وعرفها سنة، فهل تدخل فى ملكه من غير أن يختار تملكها؟ اختلف أصحابنا فيه:

---

(١) الحاوى (١٣/٩، ١٠).

(٢) ينظر الحاوى (٨/ ١٥).

فمنهم من قال: تدخل فى ملكه بمضى سنة التعريف وإن لم يختر تملكها، واحتج بظاهر كلام الشافعى: «وإلا فهى له بعد سنة»، وبما روى فى حديث أبى ثعلبة الخشنى: أن النبى ﷺ قال: «ما وجدته فى طريق ميتاء أو قرية عامرة، فعرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فهى لك»[1].

ولأن سبب التملك هو التعريف، فإذا وجد السبب حصل الملك؛ كالاصطياد، والاحتشاش، وإحياء الموات.

وقال أكثر أصحابنا: لا يملكها بمضى السنة، وهو الأصح؛ لأن الشافعى قال: «فإذا عرفها سنة: فإن شاء ملكها»، ولقوله ﷺ فى حديث زيد بن خالد الجهنى: «ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها» فأغراه بتملكها بعد التعريف؛ فدل على أنه لم يملكها بمضى مدة التعريف، ولأنه تملك بعوض؛ فافتقر إلى اختيار التملك - كالبيع - وفيه احتراز من الصيد والاحتشاش.

فإذا قلنا بهذا: فبماذا يحصل له الملك؟ فيه ثلاثة أقوال، حكاها الشيخ أبو حامد:

أحدها: أنه لا يملكها إلا بثلاثة أشياء: وهو أن ينوى بقلبه تملكها، ويتلفظ بذلك - وهو أن يقول: تملكتها - ويتصرف فيها، كما قلنا فى المستقرض فى أحد الوجهين: إنه لا يملك ما استقرض إلا بالعقد والتلفظ والقبض والتصرف.

والقول الثانى: أن الملتقط يملك اللقطة بالنية والقول، وإن لم يتصرف فيها، كما قلنا فى المستقرض فى الوجه الثانى: إنه يملك بالعقد والقبض وإن لم يتصرف.

والقول الثالث: أن الملتقط يملك اللقطة بمجرد نية التملك، وإن لم يتلفظ بها، ولم يتصرف؛ لأن القول إنما يفتقر إليه إذا كان هناك موجب؛ فيقبل منه، ولا يوقف الملك على التصرف؛ لأنه لو لم يملك قبل التصرف لما صح تصرفه.

وحكى ابن الصباغ وجهًا رابعًا - وهو اختيار القاضى أبى الطيب -: أنه يملك اللقطة بمجرد القول، وهو أن يختار تملكها بالقول وإن لم ينو بقلبه ولم يتصرف؛ لأن الملك فى الأموال يحصل بالاختيار بالقول من غير نية ولا تصرف، كما قلنا فى

---

(١) أخرجه النسائى فى الكبرى ٣/ ٤٢٣ كتاب اللقطة، باب ما وجد من اللقطة فى القرية غير العامرة ولا المسكونة .

الشفعة والغنيمة؛ فحصل فيها خمسة أوجه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن حضر صاحبها قبل أن يملكها - نظرت: فإن كانت العين باقيةً - وجب ردها مع الزيادة المتصلة، والمنفصلة؛ لأنها باقية على ملكه.

وإن كانت تالفةً لم يلزم الملتقط ضمانها؛ لأنه يحفظ لصاحبها، فلم يلزم ضمانها من غير تفريطٍ كالوديعة.

وإن حضر بعدما ملكها فإن كانت باقيةً؛ وجب ردها.

وإن كانت تالفةً؛ وجب عليه بدلها، وقال الكرابيسى: لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها؛ لأنه مال لا يعرف له مالك.

فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله؛ كالركاز.

والمذهب الأول؛ لما روى أبو سعيدٍ الخدرى: أن عليًا - كرم الله وجهه وجد دينارًا، فجاء صاحبه، فقال النبى ﷺ: «أده» قال على: قد أكلته، فقال النبى ﷺ: «إذا جاءنا شىء أديناه» ويخالف الركاز، فإنه مال لكافرٍ لا حرمة له، وهذا مال مسلم، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز، ويلزمه تعريف اللقطة.

فإن كانت العين باقيةً، فقال الملتقط: أنا أعطيك البدل - لم يجبر المالك على قبوله؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله فلا يجبر على قبول البدل.

وإن حضر وقد باعها الملتقط، وبينهما خيار - ففيه وجهان:

أحدهما: يفسخ البيع، ويأخذ؛ لأنه يستحق العين، والعين باقية.

والثانى: لا يجوز له أن يفسخ؛ لأن الفسخ حق للعاقد؛ فلا يجوز لغيره من غير إذنه.

وإن حضر، وقد زادت العين؛ فإن كانت زيادةً متصلةً رجع فيها مع الزيادة.

وإن كانت زيادةً منفصلةً - رجع فيها دون الزيادة؛ لأنه فسخ ملكٍ؛ فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة؛ كالرد بالعيب.

(الشرح) الأحكام: إذا التقط الرجل لقطة بنية التملك بعد التعريف، أو بنية الحفظ على صاحبها - فإن اللقطة أمانة فى يده مدة التعريف؛ لأن الحظ فى التعريف لصاحبها، فهى كالوديعة: فإن تلفت فى يده، أو نقصت من غير تفريط، فلا ضمان عليه، كما قلنا فى الوديعة. فإن جاء صاحبها قبل انقضاء مدة التعريف، أخذها

وزيادتها المتصلة بها والمنفصلة عنها؛ لأنها باقية على ملكه.

وإن نوى الملتقط تملكها قبل انقضاء مدة التعريف، لم يملكها بذلك؛ لأن النبى ﷺ أباح له تملكها بتعريفها سنة؛ فلا يملكها قبل ذلك.

وهل يضمنها بهذه النية؟ ينظر فيه:

فإن نقلها بعد هذه النية من موضع إلى موضع، ضمنها، ولم يزل عنه الضمان بترك نية الخيانة، ولا يملكها بعد السنة بالتعريف؛ لأنه قد صار غاصبًا.

وإن لم ينقلها بعد هذه النية، ففيه وجهان حكاهما الطبرى:

أحدهما: يصير ضمانًا لها؛ لأنه صار ممسكًا لها على نفسه.

فعلى هذا: لا يملكها بالتعريف، ولا يزول عنه الضمان بنية ترك الخيانة، وإنما يبرأ بالتسليم إلى مالكها.

والثانى: لا يصير ضامنًا لها، ولم يذكر المسعودى غيره؛ لأنه لم يوجد منه إلا مجرد النية، وذلك لا يوجب الضمان. فإن ترك هذه النية وعرفها، تملكها بعد استيفاء التعريف.

فرع: وإذا أخذ اللقطة فعرفها حولا، فإن قلنا: لا يملكها إلا باختيار التملك، فهى أمانة فى يده، كما كانت قبل انقضاء مدة التعريف.

وإن قلنا: إنه يملكها بمضى مدة التعريف، أو قلنا: لا يملكها إلا باختيار تملكها، فاختار تملكها - ملكها ببدلها فى ذمته. فإن كان لها مثل، ثبت مثلها فى ذمته، وإن لم يكن لها مثل، ثبتت قيمتها فى ذمته.

وحكى عن أبى إسحاق المروزى أنه قال: إذا تملك اللقطة بعد الحول، لا يثبت بدلها فى ذمته، وإنما يضمنها إذا جاء صاحبها وطالب بها.

وقال داود: يملكها، ولا يثبت بدلها فى ذمته؛ لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها»، ولقوله ﷺ فى رواية عياض بن حمار: «فإن جاء صاحبها فهو أحق بها، وإلا فهى مال الله يؤتيه من يشاء»[1]، ولم يذكر وجوب البدل عليه.

---

(١) أخرجه الطيالسى (١/ ٢٧٩ - منحة) كتاب: الشفعة واللقطة، باب: اللقطة، حديث (١٤٠٩)، وأحمد (٤/ ١٦١)، وأبو داود (٢/ ٣٣٥) كتاب: اللقطة، باب: التعريف باللقطة، حديث (١٧٠٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٧) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة (٢٥٠٥)، والنسائى فى الكبرى كما فى «تحفة الأشراف» (٨/ ٢٥٠)، وابن حبان (١١٦٩ - موارد)، =

وهذا ليس بصحيح؛ لما روى الشافعى: «أن عليًا - كرم الله وجهه - وجد دينارًا، فذكره للنبى ﷺ، فأمره أن يعرفه، فعرفه، فلم يعرف، فأمره بأكله، فلما جاء صاحبه أمره أن يغرمه».

وفى رواية غير الشافعى: أن عليًا - كرم الله وجهه - دخل على فاطمة، فرأى الحسن والحسين - عليهما السلام - يبكيان، فقال: ما يبكيهما؟ قالت: أصابهما الجوع، فخرج على - رضى الله عنه - فوجد دينارًا بالسوق، فحمله إليها، فقالت: احمله إلى الدقاق فاشتر به دقيقًا، فحمله إليه، فقال: أنت ختن هذا الرجل الذى يزعم أنه نبى؟ - وكان الدقاق يهوديًا - فقال على: نعم، فقال: خذ الدينار والدقيق، فأخذه، فأتى به فاطمة، فقالت: احمله إلى فلان الجزار وخذ عليه لحمًا بدرهم، فمر عليه، وأخذ اللحم وحمله إليها، فعجنت وخبزت، وأرسلت إلى النبى ﷺ، فلما أتاها ذكرت له الأمر، وقالت له: إن كان حلالا أكلت وأكلنا، فقال النبى ﷺ: «بسم الله»، فبينا هو فى ذلك إذ سمع رجلا ينشد الله والمسلمين، فاستدعاه وسأله، فقال: ضاع منى دينار، فقال لعلى: «مر على الجزار واسترجع منه الدينار، وقل: عَلى الدِّرْهَمُ، وَرُدَّهُ إِلَيْهِ».

ولأنه مال من له حرمة؛ فوجب ألا يملكه بغير عوض بغير اختيار صاحبه، كالمضطر إلى الطعام.

فإن جاء صاحبها والعين باقية فى ملك الملتقط، أخذها؛ لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، فهو أحق بها».

وإن وجدها زائدة، نظرت:

فإن كانت زيادة متصلة: كالسمن والكبر، أخذها مع زيادتها؛ لأنه يتبعها.

وإن كانت زيادة منفصلة: كاللبن والولد المنفصلين، كانت الزيادة للملتقط؛ لأنها

= وابن الجارود رقم (٦٧١)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٣٦) كتاب: الإجارات، باب: اللقطة والضوال، وفى مشكل الآثار (٤/ ٢٠٧ - ٢٠٨)، والطبرانى فى الكبير (١٧) رقم (٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٩، ٩٩٠)، والبيهقى (٦/ ١٨٧) كتاب: اللقطة، باب: اللقطة يأكلها الغنى والفقير. وابن عبد البر فى التمهيد (٣/ ١٢١ - ١٢٢) كلهم من طريق خالد الحذاء عن يزيد بن عبد الله بن الشخير عن مطرف عن عياض بن حمار به.

زيادة حدثت فى ملكه.

وإن وجدها صاحبها ناقصة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يأخذها وأرش ما نقصت؛ لأن جميعها مضمون على الملتقط إذا تلفت، فكذلك إذا تلف بعضها.

والثانى: أنه بالخيار: بين أن يرجع بالعين ويأخذ أرش النقص معها، وبين أن يطالب ببدلها؛ لأن بدلها ثابت فى ذمة الملتقط؛ فكان لصاحبها المطالبة به.

والثالث: حكاه القاضى أبو الطيب فى «المجرد» -: أنه يأخذها ولا أرش له؛ لأن النقص كان فى ملكه.

والمذهب: الأول.

وإن جاء صاحبها وقد تلفت العين فى يد الملتقط، أو أتلفها، رجع بمثلها إن كان لها مثل، أو بقيمتها إن لم يكن لها مثل.

وقال داود: لا يرجع عليه ببدلها، ووافقه عليه الكرابيسى من أصحابنا. وهذا ليس بصحيح؛ لما ذكرناه من حديث على، رضى الله عنه.

إذا ثبت هذا: فمتى تعتبر قيمتها؟ فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: تعتبر قيمتها يوم يطالب بها صاحبها؛ لأنه وقت وجوبها؛ لأنه لو وجبت عليه قيمتها حين التملك لوجب إذا مات قبل أن يجىء صاحبها ألا يكون لورثته أن يقتسموا جميع التركة، بل يعزل منها قدر قيمتها؛ كمن مات وعليه دين.

والثانى - وهو المذهب -: أن قيمتها تعتبر يوم تملكها؛ لأن اللقطة تجرى مجرى القرض، ومن اقترض شيئًا وجبت عليه قيمته؛ فإن قيمته تعتبر وقت تملكه، لا حين يطالب به.

قال الشيخ أبو حامد: وأما قسمة التركة التى ذكرها أبو إسحاق: فلا نسلمه، وإن سلمناه، فإنما كان كذلك؛ لأنه لا يعرف المستحق، والظاهر أنه لا يعرف؛ فلم توقف التركة.

فرع: فإن تملك الملتقط اللقطة وباعها، وحضر المالك فى حال الخيار - ففيه وجهان:

أحدهما: يفسخ المالك البيع ويأخذه؛ لأنه يستحق العين، والعين باقية.

والثانى: لا يملك الفسخ؛ لأن الفسخ حق للمتعاقدين؛ فلم يملكه غيرهما من

غير إذنهما.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن جاء من يدعيها ووصفها، فإن غلب على ظنه أنها له - جاز له أن يدفع إليه، ولا يلزمه الدفع؛ لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف؛ كالوديعة.

فإن دفع إليه بالوصف، ثم جاء غيره وأقام البينة أنها له، قضى بالبينة؛ لأنها حجة توجب الدفع، فقدمت على الوصف.

فإن كانت باقيةً ردت على صاحب البينة. وإن كانت تالفةً: فله أن يضمن الملتقط؛ لأنه دفع ماله بغير حق، وله أن يضمن الآخذ؛ لأنه أخذ ماله بغير حق فإن ضمن الآخذ، لم يرجع على الملتقط؛ لأنه إن كان مستحقًّا عليه فقد دفع ما وجب عليه، فلم يرجع.

وإن كان مظلومًا، لم يجز أن يرجع على غير من ظلمه.

وإن ضمن الملتقط، نظرت: فإن كان قد أقر للآخذ بالملك بأن قال: هى لك، لم يرجع عليه؛ لأنه اعترف أنه أخذ ماله، وأن صاحب البينة ظلمه، فلا يرجع على من لم يظلمه.

وإن لم يقر له ولكنه قال: يغلب على ظنى أنها لك، فله الرجوع؛ لأنه بان أنه لم يكن له وقد تلف فى يده فاستقر الضمان عليه.

(الشرح) الأحكام: قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: ويفتى الملتقط إذا عرف الرجل العفاص والوكاء والعدد والوزن، ووقع فى نفسه أنه صادق - أن يعطيه، ولا أجبره عليه إلا ببينة؛ لأنه قد يصيب الصفة بأن يسمع الملتقط يصفها.

ومعنى قوله ﷺ: «اعرفْ عِفَاصَها ووِكاءَهَا» - والله أعلم -: أن يؤدى عفاصها ووكاءها معها، وليعلم إذا وضعها فى ماله أنها لقطة، وقد يكون ليستدل على صدق المعرف، أرأيت لو وصفها عشرة أيعطونها ونحن نعلم أن كلهم كاذب إلا واحدًا بغير عينه فيمكن أن يكون صادق؟!

قال الماوردى: وصورتها فى رجل ادعى لقطة فى يد واجدها، فإن أقام البينة العادلة على ملكها وجب تسليمها له، وإن لم يقم بينة، لكن وصفها: فإن أخطأ فى وصفهالم يجز دفعها إليه، وإن أصاب فى جميع صفاتها من: العفاص، والوكاء،

والجنس، والنعت، والعدد، والوزن -: فإن لم يقع فى نفسه صدقه لم يدفعها إليه، وإن وقع فى نفسه أنه صادق، أفتيناه بدفعها إليه جوازًا لا وجوبًا، فإن امتنع عن الدفع لم يجبر عليه، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك وأحمد: يجبر على دفعها إليه بالصفة؛ استدلالا بقوله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء طالبها - أو قال: باغيها - فادفعها إليه»، فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء، دل على أنه كالبينة فى الاستحقاق.

وورد أن النبى ﷺ قال: «فَإِنْ جَاءَ بَاغِيهَا، فَعَرَّفَكَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ»، وهذا نص.

قالوا: ولأن كل أمارة غلب بها فى الشرع صدق المدعى، جاز أن يوجب قبول قوله؛ كالقسامة.

قالوا: ولأن البينات فى الأصول مختلفة، وما تعذر منها فى الغائب مخفف؛ كالنساء المنفردات فى الولادة، وإقامة البينة على اللقطة متعذرة لا سيما على الدنانير والدراهم التى لا تضبط أعيانها؛ فجاز أن تكون الصفة - التى هى غاية الأحوال الممكنة - بينة فيها.

ودليلنا قوله ﷺ: «لَوْ أُعْطِى النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ لَكِن الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيهِ»[1]، فلم يجعل الدعوى حجة، ولا

---

(١) أخرجه البخارى (٨/ ٢١٣) كتاب: التفسير، باب: «إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنًا قليلاً أولئك لا خلاق لهم» حديث (٤٥٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦) كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث (١/ ١٧١١)، وأبو داود (٤/ ٤٠) كتاب: الأقضية، باب: فى اليمين على المدعى عليه، حديث (٣٦١٩)، والترمذى (٣/ ٦٢٦) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء فى أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، حديث (١٣٤٢)، والنسائى (٨/ ٢٤٨)، كتاب: آداب القضاة، باب: عظة الحاكم على اليمين، وابن ماجه (٢/ ٧٧٨) كتاب: الأحكام، باب: البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه حديث (٢٣٢١)، والبيهقى (٥/ ٣٣٢) كتاب: البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٣٣٩) كلهم من طريق ابن أبى مليكة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» لفظ مسلم.

تنبيه: ذكر هذا الحديث الإمام النووى فى الأذكار (ص - ٤٤٧) بلفظ: «لو يعطى الناس =

جعل مجرد القول حجة بينة.

ولأن صفة المطلوب لا تكون بينة للطالب، كالمسروق والمغصوب.

ولأن صفة المطلوب من تمام الدعوى؛ فلم يجز أن تكون بينة للطالب؛ قياسًا على الطلب.

قال الشافعي - رحمه الله - محتجًّا عليهم: أرأيت لو وصفها عشرة أيعطونها، ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحدًا بغير عينه؟!

بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

وقال: هو حسن بهذا اللفظ وبعضه فى الصحيحين.

قلت: أخرجه بهذا اللفظ البيهقى (١٠/ ٢٥٢) كتاب: الدعوى والبينات، باب البينة على المدعى.

وفى الباب عن عبد الله بن عمرو، وأبى هريرة، وعمر بن الخطاب، وعمران بن حصين، وزيد بن ثابت.

حديث عبد الله بن عمرو:

أخرجه الترمذى (٣/ ٦٢٦) كتاب: الأحكام، باب: البينة على المدعى، حديث (١٣٤١) من طريق محمد بن عبيد الله العرزمى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال فى خطبته: «البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه».

قال الترمذى: هذا حديث فى إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمى يضعف فى الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره. ا هـ.

ولكنه توبع تابعه الحجاج بن أرطأة، أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢١٨) كتاب: الأقضية والأحكام، حديث (٥٣)، والبيهقى (١٠/ ٢٥٦)، كتاب: الدعوى والبينات، باب: المتداعيان يتداعيان شيئًا.

حديث أبى هريرة:

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢١٧ - ٢١٨)، كتاب: الأقضية والأحكام، حديث (٥١) من طريق مسلم بن خالد الزنجى عن ابن جريج عن عطاء عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر إلا فى القسامة».

ومسلم بن خالد الزنجى ضعيف.

حديث عمر:

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢١٨) كتاب: الأقضية والأحكام، حديث (٥٤) من طريق أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن شريح عن عمر عن النبى ﷺ قال: «البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه».

حديث زيد بن ثابت:

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢١٩)، حديث (٥٧)، والبيهقى (١٠/ ٢٥٣) بلفظ: «إذا لم يكن للطالب بينة، فعلى المطلوب اليمين».

فرد عليه داود، فقال: كما لو ادعاها عشرة، وأقام كل واحد عليها بينة، نقسمها بينهم وإن كان صدق جميعهم مستحيلا - كذلك إذا وصفوها كلهم.

والجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن كذب المدعى أسقط للدعوى من كذب الشهود؛ ألا ترى أن إكذاب المدعى لنفسه مبطل للدعوى، وإكذاب الشهود لأنفسهم غير مبطل للدعوى.

والثاني: أن البينة هى أقصى ما يقدر عليه المدعى، وأقوى ما يحكم به الحاكم، فدعت ضرورة الحاكم فى البينة إلى ما لم تدعه من الصفة.

وأما الجواب عن قولهم: «اعرف عفاصها ووكاءها» فهو أن ذلك لا لدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه، ولكن لمعان هى أخص بمقصود اللفظ - وقد أشرنا إليها من قبل - منها: أنه نبه بحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته وندرته على حفظ ما فيه، ووجوب رده مع كثرته.

ومنها: أن يتميز بذلك عن ماله.

ومنها: جواز دفعها بالصفة، وإن لم يجب وعلى هذا حمل حديث سويد بن غفلة الذى جعلوه نصًّا.

وأما استدلالهم به، فنحن ما جعلنا الأمارة على الصدق حجة فى قبول الدعوى، وإنما الأيمان بعدها حجة، وهم لا يقولون بذلك فى اللقطة بعد الصفة؛ فدل على اختلافها.

وأما استدلالهم بأن البينات فى الأصول مختلفة فصحيح، وليس من جميعها بينة تكون بمجرد الصفة، ولا يكون تعذر البينة موجبًا أن تكون الصفة بينة؛ ألا ترى أن السارق تتعذر إقامة البينة عليه، ولا يكون صفة ما بيده لمدعى سرقته حجة؟!.

فرع: فإذا ثبت أن دفعها بالصفة لا يجب، فدفعها بالصفة، وسعه ذلك؛ إذا لم يقع فى نفسه كذبه، فإن أقام غيره البينة عليها بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين، كان مقيم البينة أحق بها من الآخذ لها بالصفة، فإن كانت باقية فى يد الواصف لها انتزعت منه لمقيم البينة، وإن كان قد استهلكها نظر فى الدافع لها: فإن كان قد دفعها بحكم حاكم رأى ذلك مذهبًا، فلا ضمان على الدافع، ورجع مقيم البينة بغرمها على الآخذ لها بالصفة، وإن كان قد دفعها بغير حكم حاكم، فلصاحب البينة الخيار فى الرجوع بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الآخذ الواصف،

فإن رجع بها على الآخذ لها بالصفة فله ذلك؛ لضمانه لها باليد، واستحقاق غرمها بالإتلاف، وقد برئ الدافع لها من الضمان؛ لوصول الغرم إلى مستحقه، وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع؛ لأنه إن كان مستحقًّا عليه فمن وجب عليه حق لم يرجع به على أحد، وإن كان مظلومًا به فالمظلوم بالشيء لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه.

وإن رجع مقيم البينة بغرمها على الدافع الملتقط، نظر فى الدافع: فإن كان قد صدق الواصف لها على ملكها، وأكذب الشهود لصاحب البينة عليها - فليس له الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة؛ لأنه مقر أنه مظلوم بالمأخوذ منه؛ فلا يرجع به على غير من ظلمه، وإن لم يكن قد صدق الواصف، ولا أكذب الشهود - فله الرجوع بالغرم على الآخذ لها بالصفة؛ لضمانه لها بالاستهلاك؛ فتكون البينة موجبة عليه وله[(١)].

فرع: فإن لم يغلب على ظن الملتقط صدق مدعى اللقطة الذى وصفها ولم يقم عليها البينة - لم يجب دفعها إليه؛ لأنه لا يدفع إليه أمانة عنده بالتخمين.

فإن طلب المدعى يمين الملتقط، نظرت: فإن أقر الطالب أنها لقطة فى يد الملتقط، وادعى الطالب أن الملتقط يعلم أنها ملك له - حلف الملتقط يمينًا: ما يعلم أنها ملك الطالب.

وإن لم يدع الطالب أن الملتقط يعلم أنها ملكه، لم يجب عليه أن يحلف.

وإن لم يقر الطالب أنها لقطة فى يد الملتقط، وقال: هى ملكى - قال المسعودى: فإن الملتقط يحلف على البت والقطع.

فرع: فأما إذا تلفت اللقطة فى يد الملتقط بعد أن تملكها، فجاء رجل فادعاها ووصفها، فغلب على ظن الملتقط صدقه؛ فدفع إليه قيمتها، ثم جاء آخر وادعاها، وأقام عليها بينة - فلصاحب البينة أن يطالب الملتقط بقيمة اللقطة، وليس له أن يطالب الواصف؛ لأن القيمة التى قبضها ليست عين اللقطة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد ضالةً لم يخل: إما أن تكون فى بريةٍ أو بلدٍ، فإن كانت فى

---

(١) ينظر الحاوى (٨/٢٣ - ٢٤).

بريةٍ، نظرت: فإن كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته؛ كالإبل، والبقر، والخيل، والبغال، والحمير، أو يبعد أثره؛ لسرعته: كالظباء والأرانب، أو بجناحه: كالحمام، والدراج - لم يجز التقاطه للتملك؛ لما روى زيد بن خالدِ الجهنى، قال: سئل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل؛ فغضب واحمرت عيناه، وقال: «ما لك ولها؟ معها الحذاء والسقاء تأكل من الشجر، وترد الماء حتى يأتى ربها»، وسئل عن ضالة الغنم؛ فقال: «خذها هى لك أو لأخيك أو للذئب» وهل يجوز أخذها للحفظ؟ ينظر فيه، فإن كان الواجد هو السلطان - جاز؛ لأن للسلطان ولاية فى حفظ أموال المسلمين؛ ولهذا روى أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال، فإن كان له حمًى تركها فى الحمى؛ وأشهد عليها، ويسمها بسمة الضوال؛ لتتميز عن غيرها من الأموال.

وإن لم يكن له حمًى، فإن كان يطمع فى مجىء صاحبها بأن يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم - حفظها اليومين والثلاثة.

وإن لم يعرف، أو عرف ولم يجئ صاحبها - باعها، وحفظ ثمنها؛ لأنه إذا تركها احتاجت إلى نفقةٍ، وفى ذلك إضرار.

وإن كان الواجد لها من الرعية، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز؛ كالسلطان.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان.

فإن أخذها للتملك أو للحفظ، وقلنا: إنه لا يجوز ضمنها؛ لأنه تعدى بأخذها فضمنها؛ كالغاصب.

وإن دفعها إلى السلطان، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يبرأ من الضمان؛ لأنه لا ولاية للسلطان على رشيدٍ.

والثانى: يبرأ - وهو المذهب - لأن للسلطان ولايةً على الغائب فى حفظ ما يخاف عليه من ماله، ولهذا لو وجدها السلطان: جاز له أخذها للحفظ على مالكها.

فإذا أخذها غيره، وسلمها إليه برئ من الضمان، وإن كان مما لا يمتنع من صغار السباع؛ كالغنم، وصغار الإبل، والبقر - أخذها؛ لحديث زيد بن خالدِ الجهنى، أن رسول الله ﷺ قال فى ضالة الغنم: «خذها هى لك أو لأخيك أو للذئب» ولأنه إذا تركها أخذها غيره أو أكلها الذئب فكان أخذها أحوط لصاحبها.

وإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها، ويتطوع بالإنفاق عليها، ويعرفها حولًا ثم يملكها، وبين أن يبيعها، ويحفظ ثمنها، ويعرفها ثم يملك الثمن، وبين أن يأكلها، ويغرم بدلها، ويعرفها؛ لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقةٍ دائمةٍ، وفى ذلك إضرار بصاحبها.

والإمساك أولى من البيع، والأكل؛ لأنه يحفظ العين على صاحبها، ويجرى فيها على سنة الالتقاط فى التعريف.

والتملك والبيع أولى من الأكل؛ لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول، وإذا باع؛ لم يملك الثمن إلا بعد الحول، فكان البيع أشبه بأحكام اللقطة.

فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه؛ لأنه موضع ضرورةٍ.

وإن قدر على الحاكم - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يبيع إلا بإذنه؛ لأن الحاكم له ولاية ولا ولاية للملتقط.

والثانى: يبيع من غير إذنه؛ لأنه قد قام المالك فقام مقامه فى البيع.

وإن أكل، فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا يلزمه؛ لأن كل حالةٍ جاز أن يستبيح أكل اللقطة، لم يلزمه عزل البدل، كما بعد الحول، ولأنه إذا لم يعزل كان البدل قرضًا فى ذمته.

وإذا عزله كان أمانةً والقرض أحوط من الأمانة.

والثانى: يلزمه عزل البدل؛ لأنه أشبه بأحكام اللقطة فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانةً قبل الحول، وقرضًا بعد الحول؛ فيصير البدل كاللقطة إن شاء حفظها له وإن شاء عرفها ثم تملك.

وإن أفلس الملتقط؛ كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء.

وإن وجد ذلك فى بلدٍ؛ فقد روى المزنى: أن الصغار والكبار فى البلد لقطة؛ فمن أصحابنا من قال: المذهب ما رواه المزنى؛ لأن النبى ﷺ إنما فرق بين الصغار والكبار فى البرية؛ لأن الكبار لا يخاف عليها؛ لأنها ترد الماء، وترعى الشجر، وتتحفظ بنفسها.

والصغار يخاف عليها؛ لأنها لا ترد الماء والشجر؛ فتهلك.

وأما فى البلد فالكبار كالصغار فى الخوف عليها فكان الجميع لقطةً.

ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر: إن البلد كالبرية فالصغار فيه لقطة والكبار

ليست بلقطةٍ؛ لعموم الخبر.

فإن قلنا: إن البلد كالبرية؛ فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا فى الأكل، فله أن يأكل الصغار فى البرية وليس له أكلها فى البلد؛ لأن فى البرية إذا لم يأكل الصغار هلكت؛ لأنه لا يمكن بيعها، وفى البلد يمكن بيعها فلم يجز الأكل.

وإن قلنا: إن الجميع فى البلد لقطة، فالحكم فى الكبار كالحكم فى الصغار فى البرية إلا فى الأكل، فإنه لا يأكل فى البلد ويأكل الصغار فى البرية، لما ذكرناه.

(الشرح) قوله: (وإن وجد ضالة)[1] ضل الشىء، أى: ضاع وهلك، والضالة: البهيمة، سميت بذلك؛ لأنها تهلك، ومنه قوله تعالى: ﴿أَءِذَا ضَلَلْنَا فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [السجدة: ١٠] أى: هلكنا وذهبنا، ولا تقع الضالة إلا على الحيوان[2].

والإضلال ضربان:

أحدهما أن يكون بسببه الضلال، وذلك على وجهين:

إما أن يضل عنك الشىء كقولك: أضللت الدابة، أى ضلت عنى، وهو المقصود هنا.

وإما أن يحكم بضلاله. فالضلال فى هذين سبب للإضلال.

والثانى أن يكون الأمر بالعكس؛ فيكون الإضلال سببًا للضلال، وهو أن يزين واحد لآخر الباطل فيضل كقوله تعالى: ﴿لَهَمَّت طَّآئِفَةٌ مِّنْهُمْ أَن يُضِلُّوكَ وَمَا يُضِلُّونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمْ﴾ [النساء: ١١٣] أى: يتحرون أفعالًا يقصدون بها ضلالك؛ فلا يحصل من ذلك التحرى إلا ما فيه ضلال أنفسهم[3].

قوله: (فى برية)[4] البرية: الصحراء، والجمع: البرارى. والبرِّيت: بوزن «فعليت»: البرية، لما سكنت الياء صارت الهاء تاء، مثل: عفريت وعفْرِية، والجمع: البراريت[5].

قوله: (هى لك أو لأخيك أو للذئب)[6] معناه: هى لك إن أخذتها، أو لأخيك

(١) ينظر: النظم (٢/ ٧٧).
(٢) ينظر: غريب الحديث (٢/ ٢٠٢).
(٣) ينظر: عمدة الحفاظ (٢/ ٤٤٤).
(٤) ينظر: النظم (٢/ ٧٧).
(٥) ينظر: الصحاح (برر).
(٦) ينظر: النظم (٢/ ٧٧).

إذا تركتها وأخذها أخوك، أو للذئب إذا تركتماها، فيأخذها الذئب.

وقوله: (ويسمها بسمة الضوال) السمة: العلامة، وأصلها: الوسم بالنار، أو أراد: سمة، مصدر: وسم بالنار سمة، وهو أولى.

وقوله: (على سنة الالتقاط) السنة: الطريق، وكذلك السَّنَن، أى: على طريق الالتقاط والعادة المسلوكة فيه.

الأحكام: ضوال الحيوان إذا وجدت، لم يخل حالها من أحد أمرين: إما أن توجد فى مصر، أو فى صحراء:

فإن وجدت فى مصر، فيأتى.

وإن وجدت فى صحراء، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون مما يصل بنفسه إلى الماء والرعى، ويدفع عن نفسه صغار السباع: إما لقوة جسمه: كالإبل، والبقر، والخيل، والبغال، والحمير. وإما لبعد أثره: كالغزال، والأرنب، والطير - فهذا النوع لا يجوز لواجده أن يتعرض لأخذه إذا لم يعرف مالكه؛ لقوله ﷺ فى ضوال الإبل: «ما لك وَلَهَا؟ مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ، وَتَأْكلُ الشَّجَرَ، ذَرْهَا حَتَّى تَلْقَى رَبَّهَا».

ولأنها تحفظ أنفسها؛ فلم يكن لصاحبها حظ فى أخذها فإن أخذها لم يخل من أحد أمرين:

إما أن يأخذها لقطة؛ ليمتلكها إن لم يأت صاحبها، فهذا متعد، وعليه ضمانها، فإن أرسلها لم يسقط الضمان.

وقال أبو حنيفة ومالك: قد سقط الضمان عنه بالإرسال؛ بناء على من تعدى فى وديعة ثم كف عن التعدى، فعندهما يسقط الضمان عنه، وعندنا لا يسقط. فإن لم يرسلها، ولكن دفعها إلى مالكها، فقد سقط عنه ضمانها بأدائها إلى مستحقها، وإن دفعها إليالحاكم عند تعذر المالك، ففى سقوط الضمان وجهان:

أحدهما: قد سقط؛ لأن الحاكم نائب عمن غاب.

والثانى: لا يسقط؛ لأنها قد تكون لحاضر لا يولى عليه.

والحالة الثانية: ألا يأخذها لقطة، ولكن يأخذها حفظًا على مالكها: فإن كان عارفًا بمالكها لم يضمن، ويده يد أمانة حتى تصل إلى المالك، وإن كان غير عارف للمالك ففى وجوب الضمان وجهان:

أحدهما: لا ضمان؛ لأنه من التعاون على البر والتقوى.

والوجه الثانى: عليه الضمان؛ لأنه لا ولاية له على غائب.

فإن كان واليًا كالإمام أو الحاكم[1] جاز له أن يأخذها؛ ليحفظها على صاحبها؛ لما روى: أن عمر - رضى الله عنه - كانت له حظيرة يجمع فيها الضوال[2].

ولأن فى ذلك مصلحة لصاحبها، فإن كان له حمى تركها فى الحمى، ويسمها بسمة الضوال؛ لتتميز عن نعم الصدقة والجزية وخيل المجاهدين. وإن لم يكن له حمى، واحتاجت إلى الإنفاق عليها: فإن طمع فى مجىء صاحبها فى يوم أو يومين أو ثلاث، أنفق عليها. وإن لم يطمع فى مجىء صاحبها، باعها وحفظ ثمنها له؛ لأنه لو تركها استغرقت النفقة قيمتها؛ فكان بيعها أحوط لصاحبها.

والضرب الثانى: ما لا يدفع عنه نفسه، ويعجز عن الوصول إلى الماء والرعى: كالغنم، والدجاج - فلو أخذه، فأكله فى الحال من غير تعريف، غنيًّا كان أو فقيرًا، فعليه غرمه لمالكه إن وجده، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك وداود: هو غير مضمون، ويأكله أكل إباحة، ولا غرم عليه فى استهلاكه؛ استدلالا بأن النبى ﷺ قال: «هِى لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أو للذِّئْبِ»، ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن، وإنما أراد بيان حكم الأخذ فى سقوط الضمان، ولأن ما استباح أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدراهم.

ودليلنا: قوله: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[3].

ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها، فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها؛ قياسًا على اللقطة فى الأموال.

ولأنها ضالة؛ فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالإبل.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «هِى لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أو للذِّئْبِ»، فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ، وجواز الأكل دون الغرم.

وأما الركاز، فلأنه لا يلزم رده؛ فلذلك سقط غرمه، وليس كذلك الشاة؛ لأن ردها واجب؛ فصار غرمها واجبًا.

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ٥ - ٦).
(٢) ذكره الحافظ فى تلخيص الحبير (٣/ ١٦٦) وعزاه لمالك فى الموطأ.
(٣) تقدم.

فرع: فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه، وإباحة أكله، ووجوب غرمه - فكذلك صغار الإبل والبقر؛ لأنها لا تمنع عن أنفسها؛ كالغنم.

ثم لا يخلو حال واجد الشاة وما فى معناها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يأكلها؛ فيلزمه غرم ثمنها قبل الذبح عند الأخذ فى استهلاكها، ويكون ذلك مباحًا لا يأثم به وإن غرم.

والحال الثانية: أن يتملكها؛ ليستبقيها حية لدر أونسل، فذلك له؛ لأنه لما استباح تملكها مع استهلاكها، فأولى أن يستبيح تملكها مع استبقائها، ثم فى صحة ضمانها وجهان كالعارية مخرجان من اختلاف قوليه فى ضمان الصداق.

أحدهما: أنه ضامن لقيمتها فى الوقت الذى يملكها فيه.

والثانى: أنه ضامن لقيمتها أكثر ما كانت من حين وقت التملك إلى وقت التلف.

فإن جاء صاحبها، وهى باقية، وقد أخذ الواجد درها ونسلها - كان الدر والنسل للواجد؛ لحدوثه على ملكه، وللمالك أن يرجع بها دون قيمتها، فإن بذل له الواجد قيمتها، لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها، إلا أن يتراضيا على ذلك؛ فيجوز.

ولو كانت الشاة حين رجع المالك بها زائدة فى بدنها أو قيمتها لم يكن للواجد حق فى الزيادة، وكانت للمالك تبعًا للأصل، ولو كانت ناقصة رجع المالك بنقصها على الواجد؛ لأنها مضمونة بالتلف؛ فكانت مضمونة بالنقص.

والحال الثالثة: أن يستبقيها فى يده أمانة لصاحبها، فذلك له؛ لأنه لما جاز أن يتملكها على صاحبها، فأولى أن يحفظها لصاحبها، ولا يلزمه تعريفها؛ لأن ما جاز تملكه سقط تعريفه، ولا يلزمه إخبار الحاكم بها، ولا الإشهاد عليها، بل إذا وجد صاحبها سلمها إليه، ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت؛ لأن يده يد أمانة كالمعرف.

وقال بعض أصحابنا وجهًا آخر: إنه يضمنها؛ لأن إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الائتمان.

وهكذا القول فيما حدث من درها ولبنها - على المذهب - لا يضمنه، وعلى هذا الوجه يضمنه.

فإن أنفق عليها أكثر من مؤنة علوفتها: فإن كان ذلك منه مع وجود حمى للمسلمين ترعى فيه، فهو متطوع بالنفقة، وليس له الرجوع بها. وإن كان مع عدم

الحمى: فإن كان عن إذن الحاكم رجع بما أنفق، وإن كان عن غير إذنه: فإن كان قادرًا على استئذانه لم يرجع بها، وإن لم يقدر على استئذانه: فإن لم يشهد لم يرجع، وإن أشهد ففى رجوعه بها وجهان:

أحدهما: يرجع؛ للضرورة.

والثانى: لا يرجع؛ لئلا يكون حاكمًا لنفسه.

فلو أراد بعد إمساكها أمانة أن يتملكها، ففى جوازه وجهان:

أحدهما: له ذلك كالابتداء.

والثانى: ليس له ذلك؛ لاستقرار حكمها.

فأما إن أراد أن يتملك درها ونسلها من غير أن يتملك أصلها - لم يكن له ذلك وجهًا واحدًا؛ لأنه فرع يتبع أصله.

فلو أرسلها بعد إمساكها أمانة، لزمه الضمان، إلا أن يدفعها إلى حاكم؛ فلا يضمن.

ولو نوى تملكها، ثم أراد أن يرفع ملكه عنها؛ لتكون أمانة لصاحبها - لم يسقط عنه ضمانها، وفى ارتفاع ملكه عنها وجهان:

أحدهما: لا يرتفع ملكه؛ لأن الملك لا يزول إلا بقبول المتملك؛ فعلى هذا يكون مالكًا لما حدث من درها ولبنها؛ لبقائها على ملكه.

والوجه الثانى: يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها، وذلك أحوط لمالكها، فوجه ذلك: أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالكها، جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها؛ فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسلها ملكًا لربها تبعًا لأصلها، وعليه ضمانه كالأصل.

والحال الرابعة: أن يريد بيعها، فلا يخلو ذلك من أحد أمرين:

إما أن يبيعها بعد أن يتملكها؛ فذلك له كما لو أكلها، ويكون ضامنًا لقيمتها دون ثمنها؛ لأنه باعها فى حق نفسه، فلو جاء صاحبها بعد البيع لم يكن له فى رقبتها حق؛ لنفوذ البيع، ورجع بالقيمة على الواجد.

فلو كان خيار المجلس - أو خيار الشرط - فى البيع باقيًا، فأراد المالك أن يفسخ، وأراد البائع الإمضاء - ففيه وجهان حكاهما أبو القاسم بن كج:

أحدهما: أن القول قول المالك فى الفسخ؛ لاستحقاقه الرجوع بعين ماله مع

بقائه.

والوجه الثانى: أن القول قول البائع فى الإمضاء؛ لأن خيار العقد يستحقه العاقد دون غيره، فإذا أمضى غرم القيمة دون الثمن.

وإن أراد بيعها لمالكها، جاز إن كان البيع أحظ من الاستبقاء؛ لما يلزم من الإنفاق عليها.

وجاز أن يكون الواجد هو المتولى لبيعها من غير استئذان حاكم، بخلاف من أراد بيع مال غريم جاحد؛ فيستوفى منه قدر دينه فى أحد الوجهين - لأن صاحب الدين يبيعه فى حق نفسه؛ فمنع من تفرده به فى أحد الوجهين، وهذا يبيعه فى حق المالك؛ فجاز كالوكيل.

فإن أراد المالك الفسخ فى خيار العقد استحقه وجهًا واحدًا؛ لبيعها فى حقه، فلو أراد بعد بيعها لمالكها أن يتملك ثمنها لم يكن له ذلك، وجهًا واحدًا، بخلاف ما لو أراد أن يتملكها بعينها بعد إمساكها أمانة فى أحد الوجهين؛ لأن الثمن قد خرج عن حكم الضوال، ولم تخرج هى - مع بقائها - عن أن تكون ضالة[(١)].

هذا ما ذكره الماوردى فى الحاوى وأما العمرانى، فقد قال فى لقطة الحيوان الذى لا يمتنع بنفسه: إنه إن أراد الملتقط بيعها، فإن لم يكن فى البلد حاكم، باعها بنفسه؛ لأنه موضع ضرورة. وإن كان فى البلد حاكم، رفع الأمر إليه ليبيعها الحاكم، أو يأمره بالبيع أو يأمره غيره.

فإن باعها الملتقط من غير إذن الحاكم مع قدرته عليه، ففيه وجهان:

أحدهما: يصح البيع؛ لأنه لما قام مقام المالك فى الحفظ، قام مقامه فى البيع.

والثانى: لا يصح، وهو الصحيح؛ لأنه لا ولاية له على المالك فى بيع ماله، بخلاف الحاكم.

فإذا قلنا بهذا، وجاء المالك، كان له أن يطالب الملتقط برد العين إن كانت باقية، أو بقيمتها إن كانت تالفة.

وله أن يطالب المشترى بذلك: فإن تلفت فى يد المشترى، فرجع عليه بقيمتها، لم يرجع المشترى على الملتقط بالقيمة، بل يرجع عليه بالثمن إن كان دفعه. وإن

---

(١) ينظر الحاوى (٨/٦ - ٨).

رجع المالك على الملتقط بالقيمة، رجع بها الملتقط على المشترى، ورد عليه الثمن.

وإذا قلنا بالأول، أو باعها بإذن الحاكم، فإن الثمن يكون أمانة فى يده مدة التعريف. فإن جاء المالك بعد البيع، لم يملك فسخ البيع، بل يرجع بالثمن، سواء كان قبل أن يتملكه الملتقط أو بعد ما تملكه؛ لأنه قام مقام اللقطة.

فإن هلك الثمن فى يد الملتقط فى مدة التعريف من غير تفريط منه، ثم جاء مالك اللقطة - لم يجب على الملتقط ضمان، كما لو هلكت اللقطة فى مدة التعريف.

وإن اختار الملتقط أكلها قبل الحول، كان له ذلك؛ لأن فى ذلك حظًّا لصاحبها؛ لأن قيمتها ثبتت فى ذمة الملتقط، فإن تركت ربما تلفت؛ فسقط حق مالكها.

وهل يلزم الملتقط عزل قيمتها مدة التعريف؟

قال الشيخ أبو حامد، والمحاملى: لا يلزمه عزل قيمتها ههنا، وجهًا واحدًا...

ثم ذكر الوجهين اللذين حكاهما المصنف هاهنا - ثم قال:

فإذا قلنا: لا يلزمه عزل بدلها، فإن بدلها يكون دينًا فى ذمته، ويعرف اللقطة نفسها. فإن مات أو أفلس، ثم جاء صاحبها، ضارب مع الغرماء بقدر قيمة اللقطة.

وإن قلنا: يلزمه عزل بدلها، فعزله، فإنه يعرف اللقطة نفسها، لا ما عزله، ويكون ما عزله أمانة فى يده مدة التعريف، فإن تلفت فى يده من غير تفريط، لم يلزم الملتقط شىء آخر غير الذى عزله؛ لأن القيمة قد قامت مقام اللقطة.

فإن اختار أن يحفظ القيمة أبدًا على صاحب اللقطة بعينه كان له ذلك، وإن أراد أن يتملكها بعد التعريف كان له ذلك، فإذا تملكها كانت القيمة فى ذمته.

وإن مات الملتقط أو أفلس قبل أن يتملك القيمة، فجاء مالك اللقطة، كان أحق بالقيمة المعزولة من سائر الغرماء.

فرع: وإن وجد الحيوان فى بلد أو قرية عامرة، قال المزنى: قال الشافعى فيما وضعه بخطه - لا أعلمه سمع منه -: «فالجميع لقطة».

واختلف أصحابنا فيه:

فقال أبو إسحاق: الصحيح ما ذكره المزنى؛ فالصغير والكبير من الحيوان لقطة فى البلد؛ لأنا إنما منعناه من أخذ الكبير من الحيوان فى الصحراء؛ لأن ترك أخذه أحظ لصاحبه؛ لأنه يأكل الشجر، ويرد الماء، ويتحفظ بنفسه، وهذا المعنى غير

موجود فيه فى البلد؛ لأنه لا يجد ما يرعى فيه؛ فكان التقاطه أحظ لصاحبه.

ومن أصحابنا من قال: ما يجده من الحيوان فى البلد كالذى يجده فى الصحراء، فإن كان إبلا - أو ما كان فى معناها - لم يكن له أخذها.

وإن كان غنمًا - أو ما كان فى معناها - كان له أخذها؛ لعموم حديث زيد بن خالد؛ لأن النبى ﷺ لم يفرق فيه بين البلد والصحراء، وإنما فرق فيه بين الصغير والكبير؛ لأن الكبير فى البلد لا يضيع أيضًا، ولا يخفى أمره بخلاف الصغير.

فإذا قلنا بهذا، فليس له أن يأخذ الكبار للتملك، وله أن يأخذ الصغار، ويكون فيه بالخيار: بين أن يتطوع بالإنفاق عليها، ويحفظها على صاحبها، وبين أن يعرفها حولا ويتملكها، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها، أو يتملكها بعد التعريف، وهل له أن يأكلها فى البلد؟ فيه وجهان:

قال أكثر أصحابنا: لا يأكلها.

والفرق بين البلد والصحراء: أنه لا يجد فى الصحراء من يشتريها فى الغالب؛ فجاز له أكلها، وفى البلد يجد من يشتريها فى الغالب؛ فلم يجز له أكلها.

وقال الشيخ أبو حامد: يجوز له أكلها فى البلد؛ لأن الشافعى قد نص على أنه إذا وجد الطعام الرطب فى البلد، فله أكله وإن كان يجد من يشتريه. وهذا فى معناه.

وإن قلنا - بقول أبى إسحاق - إن الصغار والكبار لقطة، فهو بالخيار: بين أن ينفق على الجميع ويحفظها على صاحبها، أو يعرفها ويتملكها، أو يبيعها ويحفظ ثمنها، أو يتملكها بعد التعريف، وهل له أكل الجميع؟ على الوجهين فى الصغار فى البلد.

فرع: إذا وجد لقطة أو ضالة فى دار الحرب، ولا مسلم فى دار الحرب - فهى غنيمة. لأهل الخمس خمسها، والباقى لمن وجدها.

وإن وجد لقطة أو ضالة للحربى فى دار الإسلام، فهى فىء لا يختص به الواجد.

فرع: إن وجد هديًا ضالا فى أيام منى أو قبلها، فقد قال ابن القاص: أخذه وعرفه، فإن لم يجد صاحبه، وخاف أن يفوته الذبح، ذبحه.

قال الشافعى: وأحب إلى أن يرجع إلى الحاكم حتى يأمره الحاكم بذبحه.

قال أبو على السنجى: قياس قول الشافعى: أنه لا يأخذ الهدى إذا وجده فى الصحراء؛ لعموم الخبر.

ويحتمل ما حكاه ابن القاص، أن الشافعي قال: «يرجع به إلى الحاكم» أراد به: إذا وجده في المصر.

وإن ثبت النص فيها عن الشافعي، فوجهه: أنه معد للذبح، فإذا وجده وأشرف الوقت على الخروج، فالغالب أنه انفلت من صاحبه. وإن تركه خرجت العبادة عن وقتها؛ فجاز له أخذه وذبحه.

وقال القفال: إذا وجد الهدى مشعرًا مقلدًا، فهل له أن يذبحه؟ فيه قولان مأخوذان من القولين فيمن وجد هديًا مذبوحًا في الطريق، وقد أشعر وقلد، وضرب بدمه على صفحة سنامه - هل له الأكل منه بهذه العلامة؟ على قولين.

وهكذا لو قلد هديه وأشعره، هل يقوم هذا الفعل مقام النطق في إيجابه؟ على قولين.

إذا ترك الرجل الدابة أو البعير حسرًا في الصحراء؛ لعجزه عن السير، وعجز المالك عن حمله أو المقام عليه، فمر به رجل، فأحياه بمقامه عليه ومراعاته، حتى عاد إلى حاله في السير والعمل - فقد اختلف الفقهاء في حكمه:

فحكي عن الليث بن سعد، والحسن بن صالح: أنه يكون لآخذه ومحييه، دون تاركه إلا أن يكون تاركه تركه؛ ليعود إليه؛ فيكون التارك أحق به.

وقال أحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه: إن آخذه المحيي له أحق من تاركه بكل حال، سواء تركه؛ ليعود إليه أم لا.

وقال مالك: هو على ملك تاركه دون آخذه، لكن لآخذه الرجوع بما أنفق.

ومذهب الشافعي - رضي الله عنه -: أنه على ملك تاركه، وليس لواجده الرجوع بنفقته؛ لقوله ﷺ: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

ولأنه لو عالج عبدًا قد أشرف على الهلاك بالمرض - حتى ولو استنقذ مالا من غرق أو حريق - لم يملكه، فكذا البهيمة.

وحكي عن الحسن البصري أن من أخرج متاعًا قد غرق من البحر، فقد ملكه على صاحبه، وهذا شاذ من القول، مدفوع بالخبر والإجماع.

ولكن لو وجد في البحر قطعة عنبر في الموضع الذي يجوز أن يوجد فيه، كانت ملكًا لواجدها، ولو كانت في البر كانت لقطة؛ لعلمنا بحصول اليد عليها قبله، إلا أن تكون على الساحل وقد نضب الماء عنها؛ فتكون ملكًا لواجدها؛ لجواز أن يكون

الماء قد ألقاها حين نضب.

وهكذا لو صاد سمكة من البحر، فوجد فى جوفها قطعة من عنبر، كانت للصياد؛ إذا كان بحرًا قد يجوز أن يوجد فيه العنبر، فأما الأنهار وما لا يكون فيه من البحار، فإنها تكون لقطة، وهكذا الياقوت والمرجان، إلا أن يكون مصنوعًا أو مثقوبًا؛ فيكون لقطة، فأما اللؤلؤ فلا يكون فى البحر إلا مع صدفه، فإن وجد فيه كان ملكًا لواجده، وإن وجد خارجًا عن صدفه كان لقطة[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد عبدًا صغيرًا لا تمييز له - جاز له أن يلتقطه؛ لأنه كالغنم، ويعرفه حولًا ثم يملكه.

وإن وجد جاريةً صغيرةً لا تمييز لها، فإن كان لا يحل له وطؤها - جاز له أن يلتقطها للتملك، كما يجوز أن يقترضها وإن كانت تحل له - لم يجز أن يلتقطها للتملك كما لا يجوز أن يقترضها.

(الشرح) **الأحكام**: لو كانت الضالة عبدًا، فإن كان كبيرًا فكالبعير لا يتعرض لأخذه، وإن كان صغيرًا فكالشاة يأخذه ويملكه إن شاء.

ولو كانت أمة صغيرة، ففى جواز تملكه لها وجهان:

أحدهما: يجوز كالعبد الصغير.

والثانى: لا يجوز؛ كما لا يجوز قرض الإماء وإن جاز قرض العبد؛ لأنها ذات فرج؛ فكان حكمها أغلظ، فعلى هذا تباع على مالكها إن كان البيع أحظ. ثم هل يجوز للواجد أن يتملك ثمنها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز كالأصل.

والثانى: يجوز؛ لأن معنى الأصل مفقود فى الثمن.

فلو كان عبدًا فباعه الواجد له، ثم حضر المالك، فذكر أنه كان قد أعتقه قبل البيع - قال الشافعى: القول قوله، وعليه اليمين إن طلبها المشترى؛ لأنه مقر فى ملك لم يزل.

قال الربيع: وفيه قول آخر: أن قوله غير مقبول؛ لأن بيع الواجد كبيعه فى

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ٢٧).

اللزوم.

فعلى ما نص عليه الشافعى من قبول قوله: يكون البيع باطلا، ويصير العبد حرًا، ويلزم بائعه الواجد أن يرد ثمنه على المشترى، سواء باعه فى حق المالك أو فى حق نفسه.

ولو كان الواجد قد باعه فى حق المالك، وضاع الثمن من يده بغير تفريط - رجع المشترى به على الواجد القابض له، ولم يكن للواجد أن يرجع على المالك بثمن ما قد حكم بنفوذ عتقه.

فأما على القول الذى خرجه الربيع: أن قول المالك فيه غير مقبول - فيكون البيع نافذًا إن حلف المشترى عليه، والعبد على رقه للمشترى، ثم ينظر: فإن كان الواجد قد باعه فى حق نفسه، فله أن يتملك الثمن ما لم يصدق المالك، ولا يلزمه غرم القيمة لادعاء المالك حريته التى يسقط معها استحقاق قيمته.

وإن كان الواجد قد باعه فى حق المالك، كان الثمن موقوفًا فى يديه بين المشترى والمالك، فإن عاد المشترى فأكذب نفسه، وأقر بالعتق، فله استرجاع الثمن، ويحكم بحرية العبد. وإن عاد المالك فأكذب نفسه، وأقر ببقاء الرق، ففى قبول قوله فى تملك الثمن وجهان:

أحدهما: لا يقبل قوله فى ملك الثمن كما لا يقبل قوله فى استرقاق ما أقر بحريته.

والوجه الثانى: أن يقبل قوله فى تملك الثمن وإن لم يقبل قوله فى استرقاق ما أقر بحريته؛ لبقاء الملك على الثمن، وزواله عن الحر، والله أعلم[1].

فرع: إذا أبق للرجل عبد، فحصل عند الحاكم بمصر، فجعله مع الضوال، فأقام رجل عند حاكم مكة شاهدين شهدا على أن ذلك العبد بصفاته له، فكتب حاكم مكة إلى حاكم مصر: حضر إلى فلان بن فلان، وادعى أن له فى يدك عبدًا، من صفته كذا وكذا، وشهد له بذلك شاهدان - فهل يجب تسليمه بذلك إلى المدعى؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يجب تسليمه بذلك، وبه قال أبو حنيفة ومحمد؛ لأنهم لم يشهدوا

---

(١) ينظر الحاوى (٨/٨، ٩).

على عينه، وإنما شهدوا على الصفات، والصفات تشتبه، وقد تتفق الصفات مع اختلاف الأعيان.

فعلى هذا: لو جاء طالب له آخر، وادعى أنه له، ووصفه بصفاته، لم يجز دفعه إليه حتى يتضح له: من المالك منهما؟

القول الثانى: يجب تسليمه إليه بذلك، وبه قال أبو يوسف؛ لأن البينة أثبتته له بصفاته، كما ثبتت فى الذمة بوصفه فى السلم.

فإذا قلنا بهذا: فإن حاكم مصر يجعل فى رقبة العبد خيطًا، ويضيقه بحيث لا يمكن أن يخرجه من رأسه، ويختم على ذلك الخيط، ويسلمه إلى المدعى أو وكيله، ويكون مضمونًا على المدعى إن تلف، فيحمله إلى حاكم مكة، فإن قال الشاهدان: إن هذا هو العبد الذى شهدنا عليه للمدعى - استقر ملكه عليه، وإن قالا: هو غيره، لزمه رده إلى حاكم مصر.

والأول أصح؛ لأنه يدخل على الثانى ثلاثة أشياء:

أحدها: أنه إذا سلم العبد إلى المدعى، لم يؤمن أن يموت المدعى أو يفلس، وقد تلف العبد في يده، ويكون لغيره؛ فلا يصل صاحبه إلى العبد، ولا إلى قيمته.

الثانى: أنه قد يكون للغير؛ فتذهب منفعته فى الطريق مع المدعى.

الثالث: قد تكون أم ولد للغير، فيسلمها إلى غيره، وهذا لا سبيل إليه.

وإذا قلنا بالأول: فرأى حاكم مصر بيعه وحفظ ثمنه، فنصب المدعى رجلا ليبتاعه له من حاكم مصر، فابتاعه له، ثم مضى به إلى مكة، فحضر الشاهدان، وشهد أن هذا العبد ملكه - حكم بفساد البيع، فيكتب حاكم مكة إلى حاكم مصر بذلك؛ ليرد له الثمن إن كان قد قبضه؛ لأنه قد بان أنه ملكه، ولا يقول المدعى لحاكم مصر: بعنى هذا العبد؛ لأن ذلك إقرار منه أنه ليس بملك له.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد كلب صيدٍ - لم يجز أن ينتفع به قبل الحول فإن عرفه حولًا، ولم يجد صاحبه، جاز له أن ينتفع به؛ لأن الانتفاع بالكلب كالتصرف فى المال، والتصرف فى المال يقف على التعريف فى الحول فكذلك الانتفاع بالكلب.

(فصل) وإن وجد ما لا يبقى كالشواء والطبيخ والخيار والبطيخ - فهو بالخيار: بين أن يأكله ويغرم البدل، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه فى الغنم فى

بيعه، وحفظ ثمنه، وأكله، وعزل بدله.

وخرج المزنى فيه قولًا آخر: أنه يلزمه البيع، ولا يجوز الأكل.

والمذهب الأول؛ لأنه معرض للهلاك؛ فخير فيه بين البيع والأكل؛ كالغنم.

وإن وجد ما لا يبقى، ولكن يمكن التوصل إلى حفظه؛ كالرطب، والعنب؛ فإن كان الأنفع لصاحبه أن يباع بيع، وإن كان الأنفع أن يجفف جفف، وإن احتاج إلى مؤنةٍ فى تجفيفه، ولم يوجد من يتطوع بيع بعضه وأنفق عليه.

(فصل) وإن وجد خمرًا أراقها صاحبها - لم يلزمه تعريفها؛ لأن إراقتها مستحقة؛ فلم يجز التعريف، فإن صارت عنده خلا: ففيه وجهان:

أحدهما: أنها لمن أراقها؛ لأنها عادت إلى الملك السابق، والملك السابق للذى أراق، فعاد إليه، كما لو غصبه من رجلٍ فصار فى يده خلًا.

والثانى: أنه للملتقط؛ لأن الأول أسقط حقه منها، فصارت فى يد الثانى، ويخالف المغصوبة؛ لأنها أخذت بغير رضاه؛ فوجب ردها إليه.

(الشرح) الأحكام: إذا التقط كلب صيد، عرفه حولا، فإن لم يجد صاحبه كان له أن ينتفع به بعد الحول؛ لأنه وإن كان غير مملوك فإن الانتفاع به جائز، فقام بعد الحول والتعريف مقام صاحبه. فإن جاء صاحبه وقد هلك لم يجب عليه قيمته؛ لأنه لا قيمة له.

وهل يضمن قيمة منفعته بعد الحول؟ فيه وجهان؛ بناء على الوجهين فى جواز إجازته.

فرع: قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: وإن كانت اللقطة طعامًا رطبًا لا يبقى فله أن يأكله إذا خاف فساده ويغرمه لربه.

قال المزنى: وقال - أى: الشافعى - فيما وضعه بخطه لا أعلمه سمع منه: إذا خاف فساده أحببت أن يبيعه، ويقيم على تعريفه.

قال المزنى: هذا أولى القولين به؛ لأن النبى ﷺ لم يقل للملتقط: «شأنك بها» إلا بعد سنة، إلا أن يكون فى موضع مهلكة كالشاة؛ فيكون له أكله ويغرمه إذا جاء صاحبه.

قال الماوردى: أما الطعام الرطب فضربان:

أحدهما: أن يكون مما ييبس فيبقى: كالرطب الذى يصير خمرًا، والعنب الذى

يصير زبيبًا، فهذا حكمه حكم غير الطعام فى وجوب تعريفه واستبقائه، فإن احتاج تجفيفه إلى مؤنة كانت على مالكه، ويفعل الحاكم أحظ الأمرين للمالك من بيعه أو الإنفاق عليه.

والضرب الثانى: أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذى يفسد بالإمساك: كالهريسة، والفواكه، والبقول التى لا تبقى على الأيام - فقد حكى المزنى عن الشافعى: أنه قال فى موضع: يأكله الواجد، وقال فى موضع آخر: أحببت أن يبيعه. فاختلف أصحابنا: فكان أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجونه على قولين:

أحدهما: لواجده أكله؛ كالشاة التى لما تعذر استبقاؤها أبيح لواجدها أكلها.

والقول الثانى: ليس لواجده أكله بخلاف الشاة التى لا يجب تعريفها؛ فأبيح له أكلها، والطعام وإن كان رطبًا يجب تعريفه؛ فلم يستبح واجده أكله.

وحكى أبو على بن أبى هريرة: أن ذلك على اختلاف حالين: إن كان الحاكم موجودًا يقدر على بيعه، لم يكن لواجده أكله، وإن كان معدومًا جاز أكله.

وكان أبو القاسم الصيمرى - رحمه الله - يقول: اختلاف حاليه فى إباحة أكله معتبر بحال واجده، فإن كان فقيرًا محتاجًا استباح أكله، وإن كان غنيًّا لم يستبحه.

فرع: فإذا قلنا بجواز أكله فأكله، صار ضامنًا لقيمته، وعليه تعريف الطعام حولا، وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يلزمه عزل القيمة؛ لئلا يصير متملكًا للقطة يجب تعريفها قبل حولها.

والقول الثانى: لا يجب عليه عزلها؛ لأنه لو عزلها فهلكت، كانت من ماله، فكانت ذمته أحظ لها، ولم يكن عزلها مفيدًا.

ومن قال بالأول جعل فائدة عزلها لو أفلس بعد عزل قيمتها، ثم حضر المالك - كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها، فصار فى ضمانه للثمن إن تلف بعد وجوب عزله وجهان:

أحدهما - وهو قول ابن أبى هريرة -: أنه يكون مضمونًا عليه.

والثانى - وهو أشبه -: أنه لا ضمان عليه؛ لأن الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الأصل مع بقائه.

فرع: وإذا قلنا: لا يجوز له أكله، فعليه أن يأتى الحاكم حتى يأذن له فى بيعه، ولا يجوز أن يتولى بيعه بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم، بخلاف الشاة إذا وجدها وأراد بيعها؛ لأن يده على الشاة أقوى؛ لما استحقه عاجلا من أكلها، ويده على الطعام أضعف؛ لما وجب عليه من تعريفه.

فإن أعوزه إذن الحاكم، جاز بيعه له.

فلو باعه بإذن الحاكم، كان الثمن فى يده أمانة، وعليه تعريف الطعام حولا، فإن جاء صاحبه فليس له إلا الثمن دون القيمة، ولو لم يأت صاحبه فللواجد أن يتملك الثمن. ولو هلك الثمن فى يده قبل الحول أو بعده - وقبل التملك له - كان تالفًا من مال ربه، ولا ضمان على الملتقط.

وهكذا حكم الثمن لو كان الواجد هو البائع عند إعواز الحاكم.

فأما إن باعه مع وجود الحاكم، فبيعه باطل، وللمالك القيمة دون الثمن؛ لفساد العقد.

فإن تلف الثمن من يد الواجد قبل الحول، كان عليه غرمه؛ لتعديه بقبضه مع فساد بيعه.

فإن حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص، أخذه، وهو مبلغ حقه، وإن كان أقل، فله المطالبة بإتمام القيمة، ويرجع على المشترى؛ لأن المشترى لما اشترى شراء فاسدًا كان ضامنًا للقيمة دون المسمى، إلا أن يشاء المالك أن يسامح بفاضل القيمة؛ فيكون الباقى منه مردودًا على المشترى؛ إذ ليس يلزمه إلا القيمة[1].

إذا ثبت هذا فإن التقط ما لا يبقى إلا بمئونة وعلاج: كالرطب والعنب، فإن كان بيعه رطبًا أحوط - قال ابن الصباغ: كان كالطعام الرطب على ما مضى.

وذكر الشيخان - أبو حامد والمصنف -: أنه يباع ويحتفظ بثمنه لصاحبه.

وإن كان تجفيفه أحوط: فإن تطوع الواجد بالإنفاق على تجفيفه، جاز، وإن لم يتطوع، باع الحاكم جزءًا منه، وأنفقه على تجفيفه، بخلاف الحيوان، فإنه لا يباع منه شىء؛ لأن النفقة ههنا لا تتكرر، بخلاف النفقة على الحيوان فإنها تتكرر؛

(١) ينظر الحاوى (٨/ ٢٤ - ٢٦).

فلذلك قلنا: لا يباع منه شيء لذلك.

فصل: وإن وجد خمرًا أراقها صاحبها، ولم يجب تعريفها؛ لأن إراقتها مستحقة، فإن صارت عنده خلا، ففيه وجهان:

أحدهما: يجب تعريفها؛ لأنها عادت إلى الملك السابق لصاحبها.

والثانى: لا يجب تعريفها؛ لأن صاحبها قد أسقط حقه منها بإراقتها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فأما العبد إذا وجد لطقةً، ففيه قولان:

أحدهما: له أن يلتقط؛ لأنه كسب بفعلٍ، فجاز للعبد كالاصطياد.

والثانى: لا يجوز؛ لأن الالتقاط يقتضى ولايةً قبل الحول، وضمانًا بعد الحول؛ والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفى منها الحق إلى أن يعتق ويوسر فإن قلنا: إنه يجوز أن يلتقط، فالتقط فهلك فى يده من غير تفريطٍ - لم يضمن.

وإن هلك بتفريطٍ ضمنها فى رقبته فتبتاع فيها.

وإن عرفها - صح تعريفه، ولا يملك به؛ لأنه فى أحد القولين لا يملك المال، وفى الثانى يملك، إذا ملكه السيد، وههنا لم يملكه السيد.

فإن قلنا: إن الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك، دخل فى ملك السيد؛ كما يدخل فى ملكه ما التقطه وعرفه.

وإن قلنا: لا يملك إلا باختيار التملك - وقف على اختياره، فإن تملكها العبد وتصرف فيها - ففيه وجهان:

أحدهما: يضمنها فى ذمته، ويتبع بها إذا عتق، كما لو اقترض شيئًا.

والثانى: يضمنها فى رقبته؛ لأنه مال لزمه بغير رضا من له الحق؛ فتعلق برقبته؛ كأرش الجناية.

وإن علم السيد، نظرت: فإن لم يكن عرفها العبد عرفها السيد حولًا، ثم تملك وإن عرفها العبد تملكها السيد فى الحال؛ لأن تعريف العبد كتعريفه، فإن عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقى ثم تملك.

وإن أقرها فى يد العبد، نظرت: فإن كان العبد أمينًا - لم يضمن؛ كما لا يضمن ما التقطه بنفسه، وسلمه إلى عبده.

وإن كان خائنًا ضمنها كما لو التقطها بنفسه، وسلمها إليه، وهو خائن.

وإن قلنا: إنه لا يجوز أن يلتقط فالتقط - ضمنها فى رقبته؛ لأنه أخذ مال غيره بغير حق، فأشبه إذا غصبه.

وإن عرفها - لم يصح تعريفه؛ لأنها ليست فى يده بحكم اللقطة، فإن علم السيد نظرت: فإن أخذها صارت فى يده أمانةً؛ لأنه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الالتقاط، فصار كما لو وجد لقطةً فالتقطها.

ويبرأ العبد من الضمان؛ لأنه دفعها إلى من يجوز الدفع إليه فبرئ من الضمان؛ كما لو دفعها إلى الحاكم.

وإن أراد أن يتملك ابتدأ التعريف، ثم تملك، فإن أقرها فى يد العبد ليعرفها، فإن كان أمينًا، لم يضمن كما لو استعان به فى تعريف ما التقطه بنفسه.

وإن لم يأخذها ولا أقرها فى يده ولكنه أهملها، فقد روى المزنى: أنه يضمنها فى رقبة العبد، وروى الربيع: أنه يضمنها فى ذمته ورقبة العبد فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه المزنى: أنه يختص برقبته؛ لأن الذى أخذ هو العبد فاختص الضمان برقبته، فعلى هذا إن تلف العبد سقط الضمان.

وقال أبو إسحاق: الصحيح ما رواه الربيع، وأنه يتعلق بذمة السيد، ورقبة العبد؛ لأن العبد تعدى بالأخذ والسيد تعدى بالترك فاشتركا فى الضمان، فعلى هذا: إن تلف العبد؛ لم يسقط الضمان.

وإن التقط العبد لقطةً، ولم يعلم السيد بها حتى أعتقه فعلى القولين: إن قلنا: إنه يجوز للعبد أن يلتقط؛ كان للسيد أن يأخذها منه؛ لأنه كسب له حصل له فى حال الرق؛ فكان للسيد، كسائر أكسابه.

وإن قلنا: لا يجوز له أن يلتقط - لم يكن للسيد أن يأخذها منه؛ لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط فعلى هذا يكون العبد أحق بها؛ لأنها فى يده، وهو من أهل الالتقاط ويحتمل ألا يكون أحق بها؛ لأن يده يد ضمانٍ فلا تصير يد أمانةٍ

(الشرح) الأحكام: قال الشافعى، فى العبد يلتقط لقطة: يؤمر بضمها إلى سيده، فإن علم بها السيد، فأقرها فى يده، فهو ضامن لها فى رقبة عبده. قال المزنى: قال أى: الشافعى -: فيما وضع بخطه لا أعلمه سمع منه: لا غرم على العبد حتى يعتق؛ من قبل أن له أخذها.

قال المزنى: الأول أقيس إذا كانت فى الذمة، والعبد عندى ليس بذى ذمة.

قال الشافعى - رحمه الله -: فإن لم يعلم بها السيد، فهى فى رقبته إن استهلكها قبل السنة وبعدها دون مال السيد؛ لأن أخذه اللقطة عدوان، إنما يأخذ اللقطة من له ذمة.

قال المزنى: هذا أشبه بأصله، ولا يخلو سيده من أن يكون علمه، فإقراره إياها فى يده يكون تعديًا؛ فكيف لا يضمنها فى جميع ماله؟ أو لا يكون تعديًا، فلا تعدو رقبة عبده.

قال الماوردى: وصورتها فى عبد أخذ لقطة، فلا يخلو حاله فى أخذها من أحد أمرين: إما أن يأخذها لسيده أو لنفسه.

فإن أخذها لسيده جاز، ولم يتعلق بأخذه لها ضمان؛ لأنه مكتسب لسيده، ويده يد سيده، وعليه أن يعلم بها سيده؛ لضمها إليه، فإذا علم بها أخذها السيد من يده، وعرفها حولا، فإن جاء صاحبها، وإلا فللسيد أن يتملكها.

وإن أقرها السيد بعد علمه فى يد عبده؛ ليقوم بها وبتعريفها، نظر حال العبد: فإن كان ثقة عليها، بحيث يجوز أن يكون مؤتمنًا عليها، جاز ولا ضمان. وإن كان غير ثقة، فالسيد متعد بتركها فى يده، وعليه ضمانها فى ماله.

وإن كان العبد حين أخذها لنفسه لم يعلمه بها حتى تلفت: فإن كان تلفها بجناية منه، ضمنها العبد فى رقبته؛ كسائر جناياته، وإن كان تلفها بغير جناية نظر: فإن لم يقدر على إعلام سيده حتى تلفت فلا ضمان عليه، وغرمها هدر، وإن قدر على إعلامه ضمنها العبد فى رقبته؛ لأنه صار بترك إعلام سيده بها متعديًا.

فرع: فأما إن أخذها العبد لنفسه لا لسيده، ففيه قولان:

أحدهما: أن ذلك جائز له، ولا يصير به متعديًا؛ لأن النبى ﷺ قال: «ذلك مال الله يؤتيه من يشاء،»[1] فجعلها كسبًا؛ فلم يمنع العبد منه، كما لا يمنع من الاصطياد والاحتشاش، وعلى هذا يعرفها العبد حولا، فإن جاء صاحبها، وإلا فلكل واحد من العبد والسيد أن يتملكها.

فإن تملكها العبد وجب غرمها فى ذمته؛ كالقرض، ولسيد أخذها منه؛ لأنها من

---

(١) تقدم.

اكتسابه، فلو كان على العبد دين قد تعلق بذمته، لم يكن له صرف اللقطة فيه؛ لأن ديون العبد مستحقة من كسبه بعد عتقه.

وإن تملكها السيد، كان السيد ضامنًا لغرمها فى ذمته دون العبد.

وإن اتفقا أن تكون أمانة لصاحبها، فللسيد الخيار فى أن ينتزعها من يد عبده؛ ليحفظها.

فلو تلفت فى يد العبد قبل أن يتملكها واحد منهما، لم يضمن.

وإن استهلكها العبد لنفسه، نظر فى استهلاكه لها: فإن كان قبل الحول ضمنها فى رقبته؛ لأن ذلك عدوان منه، وإن كان بعد الحول ضمنها فى ذمته؛ لأن ذلك مباح له، فهذا حكم أحد القولين.

والقول الثانى: أنه لا يجوز للعبد أن يأخذ اللقطة لنفسه، ويكون بأخذها متعديًا؛ لأمرين:

أحدهما: أن فى أخذ اللقطة ولاية على صاحبها، وليس العبد من أهل الولاية.

والثانى: أن مقصود اللقطة حفظها على مالكها بالتعريف فى الحول، وبالذمة المرضية إن تملكت بعد الحول، وليس العبد من هذين؛ لأنه مقطوع لخدمة السيد عن ملازمته التعريف، وليس بذى ذمة فى استحقاق الغرم؛ لتأخيره إلى ما بعد العتق؛ فلأجل ذلك صار من غير أهلها؛ فعلى هذا للسيد حالتان: حالة يعلم بها، وحالة لا يعلم بها.

فإن لم يعلم السيد بها، فالعبد ضامن للقطة فى رقبته دون ذمته؛ لأن أخذه لها جناية منه، وسواء كان تلفها قبل الحول أو بعده، بفعله أو بغير فعله.

وإن علم بها السيد فله حالتان:

إحداهما: أن ينتزعها من يده، فإذا فعل ذلك سقط ضمانها عن العبد، وكانت أمانة فى يد السيد.

فإن قيل: فلم سقط ضمانها عن العبد بدفعها إلى السيد، وليس السيد مالكًا لها، وضمان الأموال بالعدوان لا يسقط إلا بردها على المالك؟

قيل: لأن السيد مستحق لأخذها؛ ألا ترى أن العبد لو أخذها لسيده لم يلزمه الضمان!.

فإذا دفعها إلى السيد، سقط عنه الضمان، فإذا صح أن ضمانها قد سقط عن العبد

بأخذ السيد لها، ففى يد السيد حينئذ وجهان:

أحدهما: أنها يد مؤتمن، لا يد ملتقط، وليس له أن يتملكها بعد التعريف؛ لأنه غير الواجد لها؛ فأشبه الحاكم الذى لا يجوز له بعد التعريف أن يتملكها.

والوجه الثانى: أن يده يد ملتقط؛ فيجوز له بعد التعريف أن يتملكها؛ لأن يد عبده كيده.

والحال الثانية: ألا يأخذها السيد من يد عبده بعد علمه بها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأمره السيد بإقرارها فى يده، فيستبقيها عن إذن سيده، فإن كان كذلك نظر فى العبد: فإن كان ثقة أمينًا، سقط ضمانها عن العبد بإذن السيد له فى الترك؛ لأن يد العبد كيد سيده، وصار كأخذ السيد؛ فيكون على ما مضى من الوجهين:

وإن كان العبد غير مأمون، ضمنها السيد، وهل يسقط ضمانها عن رقبة العبد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يسقط؛ لتصرفه عن إذن السيد، وصار ذلك تفريطًا من السيد.

والوجه الثانى: أن ضمانها باق فى رقبة العبد؛ لأنها لم تخرج عن اليد المتقدمة.

والضرب الثانى: أن يقرها السيد فى يده من غير أن يأمره فيها، بل يمسك عنها عند علمه لها - فالذى نقله المزنى عن الشافعى: أن السيد يكون ضامنًا لها فى رقبة عبده.

ونقل الربيع فى الأم: أن السيد يكون ضامنًا لها فى رقبة عبده وسائر ماله؛ فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النقلين:

فكان أبو إسحاق المروزى يحمل ذلك على سهو المزنى وغلطه، وجعلها مضمونة على السيد فى رقبة عبده وسائر ماله؛ على ما رواه الربيع، وزعم أن المزنى قد ذكر ذلك فى جامعه الكبير وإن كنت قد قرأته - الكلام للماوردى فى الحاوى - فلم أجد ذلك فيه.

وقال آخرون من أصحابنا: إن اختلاف هذا النقل بعض اختلاف قولى الشافعى؛ فيكون على قولين:

أحدهما: أن ذلك مضمون فى رقبة العبد وحده؛ لأن رؤية السيد لجناية عبده وتركه لمنعه لا يوجب عليه ضمان جنايته؛ ألا ترى أن السيد لو شاهد عبده يقتل

رجلا أو يستهلك مالا، وقدر على منعه، فلم يمنعه - لم يضر السيد قاتلا ولا مستهلكًا، ولا يجب عليه إن لم يمنعه غرم ولا ضمان؟! كذلك فى اللقطة.

والقول الثانى: أن ذلك مضمون على السيد فى رقبة عبده وسائر أمواله؛ لأن يد السيد لو عادت اللقطة إليها مستحقة لها؛ فصار تركه فى يده عدوانًا منه، وليس كالذى يجنى عليه عبده أو يستهلك؛ فلذلك ضمن اللقطة فى رقبة عبده وسائر ماله، ولم يضمن جناية العبد وإن علم بها، وإلا فمضمونة فى رقبته دون سيده.

فإن قيل: فإذا كانت مضمونة على السيد فى سائر ماله، فلم خصصتم رقبة العبد بها وهى من جملة ماله؟

قلنا: لأن تعلقها برقبة العبد معين كالجناية، حتى لو كان على السيد دين كان مالك اللقطة أحق برقبة العبد من سائر غرمائه؛ كما لو جنى، وليس كذلك سائر أمواله؛ لأن ملك اللقطة وغيرها فى الغرم فيها سواء.

وقال آخرون من أصحابنا: ليس اختلاف هذا النقل على اختلاف قولين؛ وإنما هو اختلاف حالين:

فرواية المزنى: أنها مضمونة فى رقبة عبده، محمولة على أن العبد كان بالغًا عاقلا؛ فلم يتعلق ضمانها إلا برقبته.

ورواية الربيع: أنها مضمونة فى رقبة عبده وسائر ماله، محمولة على أن العبد كان صبيًّا أو عجميًّا؛ فصار فعله منسوبًا إلى سيده بعد العلم به، وهذا حكاه أبو على بن أبى هريرة، فأما المزنى فإنه تكلم على ذلك، واختار منه ما أخذه.

فرع: فأما إذا أمر السيد عبده بأخذ اللقطة، فأخذها عن أمر سيده - فذلك جائز لا يتعلق برقبة العبد ضمانها قولا واحدًا، ثم إن كان العبد من أهل الأمانات لم يضمنها السيد بإقرارها فى يد العبد، وإن كان من غير أهلها ضمنها.

فأما إذا نهاه عن أخذها، فأخذها بعد نهى السيد له - فقد كان أبو سعيد الإصطخرى يقول: يضمنها العبد فى رقبته قولا واحدًا؛ لأن نهى السيد قد قطع اجتهاده فى أخذها.

وقال سائر أصحابنا: بل يكون على ما مضى من القولين؛ كما لو لم ينهه.

فلو كان العبد مأذونًا له فى التجارة والكسب، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون أخذ اللقطة داخلا فى عموم إذنه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون داخلا فيه؛ فعلى هذا لا يضمنها العبد إن أخذها قولا واحدًا.

والوجه الثانى: لا يكون داخلا فى إذنه؛ فعلى هذا فى ضمانه لها إن أخذها قولان.

فرع: فلو التقط العبد لقطة ثم عتق قبل الحول فإنها تكون كسبًا لسيده، وله أن يتملكها دونه؛ لأن أخذه لها كان وهو عبد، وهى تملك بالأخذ، وإنما تعريف الحول شرط.

وقال بعض أصحابنا: تكون كسبًا للعبد؛ لأنها قبل التعريف أمانة، وبعد التعريف كسب. والله أعلم[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد المكاتب لقطةً، فالمنصوص أنه كالحر.

واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: إنه كالحر قولًا واحدًا؛ لأنه يملك التصرف فى المال، وله ذمة يستوفى منها الحق؛ فهو كالحر.

ومنهم من قال: هو كالعبد؛ لأنه ناقص بالرق كالعبد فيكون فى التقاطه قولان:

فإن قلنا: إنه كالحر أو قلنا: إنه كالعبد، وجوزنا التقاطه صح تعريفه، فإذا عرفها ملكها؛ لأنه من أهل الملك.

وإذا قلنا: إنه كالعبد، ولم نجوز التقاطه، صار ضامنًا؛ لأنه تعدى بالأخذ، ويجب أن يسلمها إلى السلطان؛ لأنه لا يمكن إقرارها فى يده؛ لأنها فى يده بغير حق ولا يمكن تسليمها إلى السيد؛ لأنه لا حق له فى أكسابه، فوجب تسليمها إلى السلطان.

فإن أخذها السلطان برئ المكاتب من الضمان؛ فتكون فى يد السلطان أبدًا إلى أن يجد صاحبها.

(الشرح) الأحكام: قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: والمكاتب فى اللقطة كالحر؛ لأن ماله يسلم له.

قال الماوردى: وهذا هو الذى نص عليه الشافعى فى هذا الموضع: أن المكاتب فى اللقطة كالحر فى جواز أخذها وتملكها.

---

(١) ينظر الحاوى (٨/١٧ - ٢٠).

وقال فى الإملاء: إنه كالعبد فى أنه إن أخذها لسيده جاز، وإن أخذها لنفسه فعلى قولين.

فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النصين: فبعضهم يخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أنه كالحر فى جواز أخذها وصحة تملكها؛ لنفوذ عقوده وتملك هباته.

والقول الثانى: أنه كالعبد؛ لأن مالك اللقطة لم يرض بذمة من له استرقاق فى نفسه بالتعجيز وإبطال ذمته بالفسخ، وهذه الطريقة هى اختيار أبى إسحاق المروزى.

وقال آخرون من أصحابنا: إن ذلك على اختلاف حالين: فالموضع الذى قال فيه: هو كالحر؛ إذا كانت كتابته صحيحة. والموضع الذى قال: هو كالعبد؛ إذا كانت كتابته فاسدة؛ وهذا اختيار أبى على الطبرى؛ لأنه فى الكتابة الصحيحة كالحر فى رفع يد سيده عنه، وفى الكتابة الفاسدة كالعبد القن فى تصرف سيده فيه[1].

إذا ثبت هذا: فإذا قلنا: إنه كالحر، أو قلنا: إنه كالعبد، وقلنا: يصح التقاطه - فإذا التقط لقطة - فهى أمانة فى يده، فإذا عرفها حولا - صح تعريفه، وله أن يتملكها بعد التعريف؛ لأنه من أهل التملك كالحر.

وإذا قلنا: إنه كالعبد، وقلنا: لا يصح التقاطه، فالتقط لقطة - ضمنها بأخذه لها، وليس للسيد أن يأخذها منه، كما يأخذها من العبد؛ لأنه لا سبيل للسيد على ما فى يد المكاتب، ولكن يسلمها إلى الحاكم، فإذا قبضها الحاكم برئ المكاتب من ضمانها.

فإن عرفها الحاكم حولا، فهل للمكاتب أن يتملكها؟ فيه وجهان:

قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب: له أن يتملكها؛ لأنه من أهل التملك.

وقال ابن الصباغ: ليس له أن يتملكها؛ لأنه ليس من أهل الالتقاط، فلم يملكها بالحول والتعريف.

فعلى هذا: تكون فى يد الحاكم إلى أن يجد صاحبها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد، فالمنصوص أنه كالحر فمن أصحابنا من قال: هو كالحر قولًا واحدًا؛ لأنه تملك ملكًا تامًّا، وله ذمة صحيحة؛

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ٢١ - ٢٢).

فهو كالحر.

ومنهم من قال: هو كالعبد القن؛ لما فيه من نقص الرق فيكون على قولين:

فإذا قلنا: إنه كالحر - نظرت: فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة كانا شريكين فيها؛ كسائر أكسابه.

وإن كان بينهما مهايأة، فإن قلنا: إن الكسب النادر لا يدخل فى المهايأة - كانت اللقطة بينهما؛ لأنه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهايأة.

وإن قلنا: إن الكسب النادر يدخل فى المهايأة - كانت اللقطة لمن وجدها فى يومه.

(الشرح) قوله: (العبد القن)[1] هو خالص العبودية، احترز به من المكاتب وأم الولد.

وقوله: (الكسب النادر) هو الشاذ الذى لا يكاد يحصل فى العادة، يقال: ندر الشيء: إذا سقط وشذ، ومنه النوادر.

الأحكام: قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: والعبد نصفه حر ونصفه عبد، فإن التقط فى اليوم الذى يكون فيه مخلى لنفسه، أقرت فى يده، وكانت بعد السنة له؛ كما لو كسب فيه مالا كان له، وإن كان فى اليوم الذى لسيده، أخذها منه؛ لأن كسبه فيه لسيده.

قال الماوردى: وصورتها فى عبد نصفه حر ونصفه مملوك، وجد لقطة، فلا يخلو حاله من أن يكون مهايأة، أو غير مهايأة:

فإن كان غير مهايأة، فنصف أكسابه له بحق حريته وعليه نصف نفقته، ونصف أكسابه لسيده وعليه نصف نفقته، وإذا كان هكذا: فنصف اللقطة له بما فيه من الحرية، يقيم على تعريفه، ويتملكه بعد حوله، وأما النصف الآخر فهو فيه كالعبد، فإن أخذه لسيده جاز ولم يضمنه، وإن أخذه لنفسه فعلى ما مضى من القولين، وللسيد أخذ ذلك النصف منه دون النصف الذى أخذه بحريته، ثم يصيران شريكين فيها، يقيمان على تعريفها، ويتملكانها بعد حولها.

وإن كان مهايأة فيدخل فى المهايأة الأكساب المألوفة، وهل يدخل فيها ما ليس بمألوف من الأكساب: كاللقطة، والركاز أم لا؟ على قولين:

---

(١) ينظر: النظم (٢/٧٨).

أحدهما: يدخل فيها، وهو أظهرهما؛ لأنه نوع من الكسب؛ فعلى هذا إن وجدها فى يوم نفسه فهو فيها كالحر، يجب عليه تعريفها، ويجوز له تملكها، وإن وجدها فى يوم سيده، فهو فيها كالعبد المملوك جميعه، فإن أخذها لسيده جاز، وإن أخذها لنفسه فعلى ما مضى من القولين، فهذا حكم دخولها فى المهايأة.

والقول الثانى: أنها لا تدخل فى المهايأة ولا المكاسب النادرة؛ لأنها قد توجد فى أحد الزمانين دون الآخر؛ فيصير أحدهما مختصًّا فى زمانه بما لا يساويه الآخر فى زمانه؛ فعلى هذا يكون فى اللقطة كغير المهايأة على ما مضى.

وهكذا حكمه لو كان أقله الحر والأكثر مملوكًا.

فأما المملوك بين شريكين، فإن لم يكن بينهما فيه مهايأة، اشتركا فى قيمة اللقطة، وإن كان بينهما فيه مهايأة، ففى دخول اللقطة فى مهايأتهما قولان؛ على ما مضى[1].

مسألة: فأما المدبر، فهو كالعبد القن فى اللقطة، وأما أم الولد فكالعبد فى اللقطة: إن أخذتها للسيد جاز، وإن أخذتها لنفسها فعلى قولين:

أحدهما: يجوز؛ فعلى هذا يتعلق غرم اللقطة بذمتها إذا أعتقت.

والقول الثانى: لا يجوز، فعلى هذا إن لم يعلم السيد بها، فهل يتعلق غرمها بذمة أم الولد أم برقبتها؟ على وجهين:

أحدهما: بذمتها، ولا يلزم السيد غرمها.

والثانى: برقبتها، وعلى السيد غرمها، وافتكاك رقبتها؛ كما يفعل فى جنايتها.

وإن علم السيد بها فعلى ثلاثة أوجه:

أحدها: فى ذمتها بعد العتق.

والثانى: فى رقبتها، وعلى السيد فكاكها بأقل الأمرين من قيمة اللقطة أو قيمتها.

والثالث: أنها فى ذمة السيد يغرمها بجميع قيمتها[2].

هذا ما ذكره الماوردى فى الحاوى، وقد نقل العمرانى فى البيان بعض الاختلاف بين الأصحاب فى تأويل نص الشافعى فى هذه المسألة، فقال العمرانى:

وأما الولد إذا التقطت لقطة، فنص الشافعى: أنها كالعبد القن.

قال الشافعى: إلا أنها إذا تلفت اللقطة فى يدها، فإن علم بها السيد، كان الضمان

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ٢٢).

(٢) ينظر الحاوى (٨/ ٣١).

عليه فى ذمته، وأما إذا لم يعلم بها، كان الضمان فى ذمتها.

قال الربيع: وفيه قول آخر: إن ضمانها فى ذمته، وقوله: فى ذمتها غلط.

واختلف أصحابنا فى قول الشافعى: فى ذمتها:

فقال أكثرهم: هو غلط كما قال الربيع؛ لأن هذا فرعه الشافعى على القول الذى يقول: لا يصح التقاط العبد، وكان يجب أن يكون ضمانها فى رقبتها، إلا أن السيد قد منع من بيعها بالإحبال، ولم يبلغ بها حالة يتعلق الحق بذمتها إذا لم يعتقها؛ فوجبت جنايتها فى ذمته، وقوله: «فى ذمتها» غلط من الكاتب.

وقال أبو إسحاق: يمكن تأويل قول الشافعى: «فى ذمتها» أن يكون فرعه على القول الذى يقول: يصح التقاط العبد، فإذا التقطت أم الولد لقطة، حصلت فى يدها أمانة، إلا أنه يجب عليها أن تُعلِمَ السيد بها؛ ليأخذها منها، فإذا لم تفعل حتى تلفت فى يدها، فقد فرطت، فتعلق الضمان بذمتها؛ لأن صاحبها كأنه رضى بكونها فى يدها؛ فصار بمنزلة أن يدفع رجل وديعة إلى أم ولد؛ لتدفعها إلى سيدها، فلم تدفعها إليه حتى تلفت فى يدها؛ فإن ضمانها يكون فى ذمتها.

قال الشيخ أبو حامد: وهذا وإن كان صحيحًا فى الفقه، فلا يحمل كلام الشافعى على هذا؛ لأنه إنما فرعه على القول الذى يقول: لا يجوز التقاط العبد.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد المحجور عليه؛ لسفهٍ أو جنونٍ أو صغرٍ لقطةً، صح التقاطه؛ لأنه كسب بفعلٍ فصح من المحجور عليه كالاصطياد، وعلى الناظر فى أمره أن ينتزعها منه، ويعرفها؛ لأن اللقطة فى مدة التعريف أمانة، والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة فإن كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يتملك له؛ لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض فى ضمان البدل.

(الشرح) الأحكام: إذا وجد اللقطة محجور عليه بسفه أو صغر أو جنون، لم يجز إقرارها فى يده؛ لأنه منعه الحجر من التصرف فى مال نفسه، فأولى أن يمنعه من التصرف فى مال غيره.

وعلى الولى أن يأخذها من يده؛ ليقوم بتعريفها حولا، فإن جاء صاحبها دفعها الولى إليه، وإن لم يجئ صاحبها، فللولى أن يفعل بها أحظ الأمرين للمولى عليه:

من تملكها له، أو تركها أمانة لصاحبها.

فإن رأى أن يتملكها له، جاز؛ لأنها كسب له بوجوده لها، وليست كسبًا لوليه، فإن كان المولى عليه صغيرًا أو مجنونًا، كان الولى هو الذى يتملكها له؛ لأن الصبى والمجنون لا يصح منهما قبول تملك؛ ولذلك لم يصح منهما قبول وصية ولا هبة. وإن كان سفيهًا، كان هو المتملك لها عن إذن الولى بعد اجتهاده فى أن أحظ الأمرين هو التملك؛ لأن السفيه لا يمنع من قبول الوصية والهبة، بخلاف الصبى والمجنون. ثم إذا جاء صاحبها فغرمها فى مال المولى عليه؛ لدخولها فى ملك المولى عليه دون الولى.

وإن رأى الولى أن أحظ الأمرين للمولى عليه أن تكون أمانة لصاحبها، لا يكون غرمها مستحقًّا فى مال المولى عليه، وكانت على حالها أمانة مقرة فى يد الولى.

فلو بلغ الصبى أو أفاق المجنون أو فك الحجر عن السفيه، فأراد أن يتملكها، وينزعها من وليه بعد إن نوى الأمانة فيها - كان ذلك للمولى عليه؛ لأنها من اكتسابه، وهو الآن أقوم بمصالحه؛ فهذا حكمها إن أخذها الولى من المولى عليه.

فأما إن لم يأخذها الولى من يده، فلا يخلو من أن يكون قد علم بها أو لم يعلم بها:

فإن كان قد علم بها، فقد ضمنها لمالكها.

وإن لم يعلم بها، لا يلزمه ضمانها.

فإن تلفت فى يد المولى عليه، لم يخل تلفها من أن يكون بجناية منه أو لا:

فإن كان تلفها بجناية منه، وجب غرمها فى ماله؛ كما يؤخذ من ماله غرم سائر جناياته.

وإن كان تلفها بغير جناية منه، ففى وجوب غرمها فى ماله وجهان:

أحدهما: يجب، ويكون أخذه لها عدوانًا منه.

والثانى: لا يجب الغرم؛ لأن الولى لو أخذها منه لما وجب فى ماله غرمها.

فلو لم تتلف وكانت باقية فى يده حتى انفك الحجر عنه، وصار رشيدًا - فله تعريفها، وهل يكون ضامنًا لها فى مدة التعريف أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين فى غرمها قبل فك الحجر لو تلفت، ثم له بعد الحول أن يتملكها إن شاء[1].

---

(١) ينظر الحاوى (٨/ ١٧).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد الفاسق لقطةً - لم يأخذها؛ لأنه لا يؤمن ألا يؤدى الأمانة فيها، فإنه التقطها ففيه قولان:

أحدهما: لا تقر فى يده - وهو الصحيح - لأن الملتقط قبل الحول كالولى فى حق الصغير، والفاسق ليس من أهل الولاية فى المال.

والثانى: تقر فى يده؛ لأنه كسب بفعلٍ فأقر فى يده؛ كالصيد؛ فعلى هذا يضم إليه من يشرف عليه.

وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف؟ فيه قولان:

أحدهما: يجوز؛ لأن التعريف لا يفتقر إلى الأمانة.

والثانى: لا يجوز، حتى يكون معه من يشرف عليه؛ لأنه لا يؤمن أن يفرط فى التعريف.

فإذا عرفه ملكه؛ لأنه من أهل التملك.

(فصل) وإن التقط كافر لقطةً فى دار الإسلام، ففيه وجهان:

أحدهما: يملك بالتعريف؛ لأنه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر، والمسلم؛ كالصيد.

والثانى: لا يملك؛ لأن تصرفه بالحفظ، والتعريف بالولاية، والكافر لا ولاية له على المسلم.

(الشرح) قوله: (من يشرف عليه)[١] أى: يطلع عليه، مأخوذ من الشرف، وهو: المكان العالى؛ كأنه ينظر إليه من فوقه. والله أعلم.

الأحكام: إذا وجد الحر الفاسق لقطة: فيكره له أخذها؛ لأنه ربما تدعوه نفسه إلى استحلالها وكتمانها. فإن التقطها، صح التقاطه قولا واحدًا؛ لأنه من جهات التكسب؛ فصحت من الفاسق كالاصطياد. وهذا نقل البغداديين.

وقال المسعودى: فى صحة التقاطه قولان؛ كالعبد.

إذا ثبت أنه يصح التقاطه فقد قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: وإن كان حرًّا غير مأمون فى دينه، ففيها قولان:

---

(١) ينظر: النظم (٢/٧٨) .

أحدهما: أن يأمر بضمها إلى مأمون، ويأمر المأمون والملتقط بالإنشاد بها.

والقول الآخر: لا ينزعها من يديه، وإنما منعنا من هذا القول؛ لأن صاحبها لم يرضه.

قال المزنى: فإذا امتنع من هذا القول لهذه العلة، فلا قول له إلا الأول، وهو أولى بالحق عندى، وبالله التوفيق.

قال المزنى - رحمه الله -: وقد قطع فى موضع آخر بأن على الإمام إخراجها من يده، لا يجوز فيها غيره، وهذا أولى به عندى.

قال الماوردى: وهذا كما قال: إذا كان واجد اللقطة غير مأمون عليها، ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: أنها كسب لواجدها وإن كان غير مأمون كالركاز؛ فتقر فى يده، ولا تنتزع منه؛ فعلى هذا اختلف أصحابنا: هل يضم إليه أمين يراعيها معه حفظًا لها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما - وهو قول أبى على بن أبى هريرة -: أنه لا اعتراض عليه فيها بحال، ويكون هو المقيم بحفظها وتعريفها من غير أن يكون لغيره نظر فيها.

والوجه الثانى - وهو قول أبى على الطبرى فى الإفصاح - أن الحاكم يضم إليه أمينًا يراعى حفظها فى يد الواجد؛ استظهارًا للمالك وإن لم تنتزع؛ لما تعلق بها من حق الواجد.

والقول الثانى - وهو الأصح، واختاره المزنى -: أن الحاكم ينتزعها من يد الواجد؛ إذا كان غير مأمون عليها، ويدفعها إلى من يوثق به من أمنائه؛ لأن الحاكم مندوب إلى حفظ أموال من غاب، ولأن مالكها لم يرض بذمة من هذه حاله، ولأن الوصى لما وجب انتزاع الوصية من يده لفسقه مع اختيار المالك له، فلأن تخرج يد الواجد الذى لم يختره أولى.

فعلى هذا القول: إذا أخرجها الحاكم من يده إلى أمين يقوم بحفظها، ففى الذى يقوم بتعريفها قولان:

أحدهما - رواه المزنى -: أن الأمين هو الذى يقوم بتعريفها؛ خوفًا من خيانة الواجد فى تعريفها.

والقول الثانى - فى الأم -: أن الواجد هو المعرف دون الأمين؛ لأن التعريف من

حقوق التمليك، وليس فيه تغرير؛ لأنها لا تدفع بالصفة، فإذا عرفها حولا ولم يأت صاحبها، فإن أراد الواجد أن يتملكها سلمت إليه، وأشهد الحاكم عليه بغرمها إذا جاء صاحبها، وإن لم يختر أن يتملكها كانت في يد الأمين.

فرع: فأما إذا كان الواجد لها مأمونًا، لكنه ضعيف لا يقدر على القيام بها؛ فإنها لا تنتزع من يده، ولكن يضم الحاكم إليه أمينًا يجتمع معه على القيام بها؛ ليقوى به على الحفظ والتعريف(١).

فصل: واختلف أصحابنا في الذمي إذا التقط لقطة في دار الإسلام:

فمنهم من قال: لا يصح التقاطه؛ لأن الالتقاط أمانة بولاية، والذمي ليس من أهلها، ولأنه لا يملك بالإحياء في دار الإسلام؛ فلا يملك بالالتقاط فيه.

ومنهم من قال: يصح التقاطه؛ لأن له ذمة صحيحة، ويملك بالقرض؛ فصح التقاطه.

فإذا قلنا: يصح التقاطه، فهل تقر في يده، ويصح تعريفه بنفسه، أو ينزعها الحاكم منه، ويضم من يعرفها معه؟

من أصحابنا من قال: فيه قولان، كالفاسق.

ومنهم من قال: تقر في يده، وينفرد بالتعريف قولا واحدًا؛ لأنه وإن كان كافرًا، فهو مقر على دينه؛ كما أنا نقول: لا يصح إنكاح الفاسق، ويصح إنكاح الذمي.

مسألة: قال الشافعي في «الأم»: إذا كان في يد رجل عبد، فادعاه آخر، وشهد له به شاهدان أنه ملكه، فقال من بيده العبد: هذا اشتريته من فلان ببلد كذا، ولي عليه بينة هناك تشهد أني ابتعته، وكان مالكًا له حين باعه مني - فإن العبد يسلم إلى المدعي، ولا يعتد بدعوى من بيده العبد؛ لأن بينة المدعي قد قامت، وثبت له الملك؛ فلا يوقف بالدعوى، فيسلم العبد إلى المدعي إلى أن يأتي من بيده العبد ببينة. والله أعلم.

* * *

(١) ينظر الحاوي (٨/ ٢٠ - ٢١).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب اللقيط

التقاط المنبوذ فرض على الكفاية؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، ولأنه تخليص آدمى له حرمة من الهلاك، فكان فرضًا؛ كبذل الطعام للمضطر.

(فصل) وإن وجد لقيط مجهول الحال، حكم بحريته؛ لما روى سنين أبو جميلة قال: أخذت منبوذًا على عهد عمر - رضى الله عنه - فذكره عريفى لعمر - رضى الله عنه - فأرسل إلى؛ فدعانى، والعريف عنده، فلما رآنى قال: عسى الغوير أبؤسًا، فقال عريفى: إنه لا يتهم؛ فقال عمر: ما حملك على ما صنعت؟ قلت: وجدت نفسًا بمضيعةٍ فأحببت أن يأجرنى الله - تعالى - فيه؛ فقال: هو حر، وولاؤه لك، وعلينا رضاعه.

ولأن الأصل فى الناس الحرية، فإن كان عليه ثياب، أو حلى، أو تحته فراش، أو فى يده دراهم، أو عنان فرسٍ، أو كان فى دارٍ ليس فيها غيره - فهى له؛ لأنه حر فكان ما فى يده له؛ كالبالغ.

وإن كان على بعدٍ منه مال مطروح أو فرس مربوط - لم يكن له؛ لأنه لا يد له عليه.

وإن كان بالقرب منه، وليس هناك غيره - ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له؛ لأنه لا يد له عليه.

والثانى: له؛ لأن الإنسان قد يترك ماله بقربه.

فإذا لم يكن هناك غيره، فالظاهر أنه له، وإن كان تحته مال مدفون - لم يكن له؛ لأن البالغ لو جلس على الأرض، وتحته دفين لم يكن له ذلك، فكذلك اللقيط.

(الشرح) أثر سنين أبو جميلة، أخرجه مالك[١] وعنه الشافعى[٢] عن الزهرى عن سنين بن أبى جميلة، به. وأخرجه عبد الرزاق[٣] عن مالك فزاد: «وعلينا نفقته

---

(١) (٧٣٨/٢).
(٢) (١٣٨/٢) رقم (٤٥٦).
(٣) (١٤/٩) رقم (١٦١٨٢).

من بيت المال» وعلقه البخارى[١] بنحوه فى الصحيح. وأخرجه البيهقى[٢] من طريق سفيان بن عيينة عن الزهرى أنه سمع سنينًا أبا جميلة يحدث سعيد بن المسيب أنه وجد منبوذًا. . .

أما سنين أبو جميلة[٣] فهو: أبو جميلة - بفتح الجيم وكسر الميم - سنين - بضم السين وفتح النون - ويقال: هو ابن فرقد السلمى، ويقال: الضمرى، قيل: أسلم عام الفتح، وقال الدارقطنى: أدرك النبى ﷺ وحج معه حجة الوداع، قال ابن سعد: وكان منزله بالعُمَق، سمع عمر رضى الله عنه. روى عنه محمد بن شهاب الزهرى.

قوله: (اللقيط) أما اللقيط فى اللغة: فهو بمعنى: ملقوط، وهو ما يلقط - أى يرفع - من الأرض، وقد غلب على الصبى المنبوذ.

وفى الصحاح: المنبوذ: الصبى الذى تلقيه أمه فى الطريق[٤].

وأما اللقيط فى الاصطلاح:

فعند الشافعية: اللقيط: كل طفل ضائع لا كافل له.

قوله: طفل، أصالة، ومثله المجنون، وخرج به البالغ. وقوله: لا كافل له، أى: معينًا[٥].

وعند الحنفية: هو مولود طرحه أهله خوفًا من العَيْلة، أو فرارًا من التهمة[٦].

وعند المالكية: «صغير آدمى لم يعلم أبواه ولا رقه».

قوله: «صغير آدمى» جنس للقيط. وقوله: «لم يعلم أبواه» أخرج به من علم أبواه. وقوله «ولا رقه» أخرج به من علم رقه؛ لأنه لقطة لا لقيط، كذا قال الشيخ. قال الشيخ: ويخرج ولد الزانية، يعنى بقوله: «لم يعرف أبواه» وهذا قد علم

---

(١) (٥/ ٣٢٤) كتاب: الشهادات، باب: إذا زكى رجل رجلا كفاه .
(٢) (١٠/٢٩٨) .
(٣) تنظر ترجمته فى: الاستيعاب (٦٨٩)، طبقات ابن سعد (٥/ ٦٣)، أسد الغابة (٢/ ٤٦٥)، الإصابة (٣/ ١٩٣)، (٦٨/٧)، معجم البلدان (١٥٦/٤)، المغنى (٢/ ١٧٤) .
(٤) ينظر: الصحاح (٢/ ٥٧١)، المغرب (٢/ ٢٤٧)، طلبة الطلبة (٩٢)، المطلع (٢٨٤) .
(٥) ينظر: قليوبى وعميرة (٣/ ١٢٥)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٤٦) .
(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٦٩)، شرح فتح القدير (٦/ ١٠٩)، درر الحكام (٢/ ١٢٩)، البحر الرائق (٥/ ٢٤١) .

أحدهما. قال الشيخ: وعرف ابن الحاجب ذلك بقوله طفل ضائع لا كافل له. وأبطل طرده بطفل كذلك قد علم أبوه؛ لأنه غير لقيط لانتفاء لازمه عنه: وهو كون وراثته للمسلمين وهو حر، وولاؤه للمسلمين، والله سبحانه يفهمنا عنه بمنه وفضله.

فإن قلت: ما ذكره فى حد اللقيط فيمن علم رقه أنه لقطة ينافى ما قدمه فى رسمها من زيادة قوله: ليس حيوانا ناطقًا.

قلت: السؤال وارد على ما رأينا فى النسخ بلفظ «لقطة»، وصوابه: لقط، وكذلك وجد فى مبيضته مصلحا مبتور التاء، وأورد بعضهم على رسمه من وجد ولدا صغيرا ولم يجد له أبا فى حال ضياعه، وأجيب بالتزام أنه لقيط؛ لصدق الرسم عليه.

فإن قلت: المنبوذ يرد على حده ولا يسمى لقيطا.

قلت: نقل عن الجوهرى أنه قال: المنبوذ: اللقيط، وقال اللخمى: المنبوذ كاللقيط فى الحرية والدين. واختلف فى تفسيره، وذكر بعض الفقهاء أن المنبوذ من طرح عندما ولد، وشأنه فيمن كان ولد زنى، واللقيط ما طرح فى الشدائد والحرب لا عندما ولد، فعلى القول الأول يدخل فى رسمه، وعلى الثانى يزاد فيه ما يخرجه عنه، ويخص المنبوذ برسمه، وانظر ما قاله مالك - رحمه الله - فيمن قال لرجل: يا منبوذ، قال: لا يعلم منبوذ إلا ولد الزنى، انظر ما فى ذلك، والله أعلم بالصواب وهو رب الأرباب[1].

وعند الحنابلة: هو طفل لا يعرف نسبه ولا رقه، نبذ أو ضل إلى سن التمييز.

قوله: طفل، أى: غير مميز. وقوله: لا يعرف نسبه ولا رقه، نبذ، بالبناء للمفعول، أى: طرح فى الشارع، أو باب مسجد ونحوه. وقوله: أو ضل، أى: ضل الطريق ومثلها[2].

وقوله: (المنبوذ[3]): الطفل المطروح المرمى به، نبذت الشىء: رميته، ومنه قوله تعالى: ﴿فَنَبَذُوهُ وَرَآءَ ظُهُورِهِمْ﴾ [آل عمران: ١٨٧] ومنه سمى النبيذ؛ لأنه يطرح فيه الماء.

وقوله: (عسى الغوير أبؤسًا) قال بعضهم: يضرب مثلًا للرجل يخبر بالشر فيتهم

---

(١) ينظر: حدود ابن عرفة (٦١٢، ٦١٣).
(٢) ينظر: كشاف القناع (٤/ ٢٢٦).
(٣) ينظر: النظم (٢/ ٧٩).

به. والغوير: تصغير غار، وقيل: (عسى) في هذا الموضع يعمل عمل (كان) والصحيح أنه على إضمار «أن» أي: عسى الغوير أن يكون أبؤسًا. وأصله أن قومًا حذروا عدوًّا لهم، فاستكنوا منه في غار، فقال بعضهم: (عسى الغوير أبؤسًا) يقول لعل البلاء يجيء من قبل الغار، فكان كذلك: احتال العدو حتى دخل عليهم من وَهْيٍ كان في قفا الغار فأسروهم. وقال آخرون: المثل لعمر بن الخطاب - رضى الله عنه - وأصله أن رجلًا وجد غلامًا منبوذًا. فقال له عمر: (عسى الغوير أبؤسًا) أي: عسى أنك صاحبه، فشُهِدَ له بالصلاح والستر، فقال: ربُّه فيكون ولاؤه لك. والأبؤس: جمع بأس، مثل: فَلْس وأفلُس، وكلب وأكلب. والصحيح أن عمر تمثل به، والمثل قديم[1].

وقوله: (فذكره عريفى) العريف: رجل يكون رئيسًا على نفر يعرف أمورهم، ويجمعهم عند الغزو، وهو «فعيل» من المعرفة.

ومراد عمر بن الخطاب - رضى الله عنه -: اتهام الرجل أن يكون أبًا للمنبوذ، حتى أثنى عريفه خيرًا.

وقوله: (وجدت نفسًا بمضيعة)[2] على وزن «معيشة»، أي: مهلكة، من ضاع الشيء، أي: هلك. وقد أتى على هذا الوزن في قول قيس بن ذريح:

بدار مَضِيعةٍ تركتُكَ لبنى كذاك الحَيْنُ يُهدَى للمضاعِ

وقوله: (وولاؤه لك) جعله مولاه؛ لأنه كأنه أعتقه إذ التقطه، فأنقذه من الموت، أو أن يلتقطه غيره فيدعى رقبته. وقيل: أَمْرُ تربيته، وليس من ولاء العتق.

الأحكام: التقاط المنبوذ فرض؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] فأمر بالمعاونة على البر، وهذا من البر.

وقوله - تعالى -: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧] فأمر بفعل الخير، وهذا من فعل الخير.

وقوله - تعالى -: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] والولى يلزمه حفظ المولى عليه.

---

(١) ينظر: جمهرة الأمثال (٢/ ٤٥) مجمع الأمثال للميدانى (١/ ٣١٢)، المستقصى للزمخشرى (٢٤٣)، لسان العرب، مادة (غور).

(٢) ينظر: النظم (٢/ ٨٠).

وقوله - تعالى -: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًاۚ﴾ [المائدة: ٣٢].

فقيل: معناه: له ثواب من أحيا الناس كلهم. وفى أخذ اللقيط إحياء له؛ فكان واجبا، كبذل الطعام للمضطر.

وذكر الماوردى أن لها تأويلين:

أحدهما: أن على جميع الناس شكره حتى كأنه قد أحياهم.

والثانى: أنه قد ناب عن جميع الناس فى إحيائها.

وقد قال - تعالى - فى قصة موسى ﷺ: ﴿فَٱلْتَقَطَهُۥٓ ءَالُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٨]؛ طلبا لحفظ نفسه، ورغبة فى ثوابه.

وروى أن منبوذا وجد على عهد عمر - رضى الله عنه - فاستأجر له امرأة تكفله واستشار الصحابة فى النفقة، فأشاروا أن ينفق عليه من بيت المال[(١)].

وروى الزهرى عن أبى جميلة أنه قال: أخذت منبوذا على عهد عمر - رضى الله عنه - فذكره عريفى لعمر فأرسل إلى فدعانى والعريف عنده، قال: عسى الغوير أبؤسا، فقال عريفى: إنه لا يتهم، فقال عمر: ما حملك على ما صنعت؟ فقلت: وجدت نفسا مضيعة؛ فأحببت أن يأجرنى الله - عز وجل - فيها. قال: هو حر، وولاؤه لك، وعلينا رضاعه[(٢)].

إذا ثبت هذا: فإن التقاطه فرض على الكفاية، إذا قام بعض الناس به، سقط عن الباقين، وإن تركوه، أثم جميع من علم به، كما نقول فى غسل الميت وتكفينه والصلاة عليه.

فصل: فإذا وجد لقيط مجهول الحال؛ فإنه يحكم بحريته؛ لما رويناه من قصة أبى جميلة مع عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

ولأن الرق طارئ، والحرية أصل؛ فكان القول بحريته - على حكم الأصل - أولى. وهذا ما ذهب إليه المصنف وصاحبا البيان والكفاية.

وقال فى الحاوى: لا نقطع بحرية اللقيط، ولا نغلب فيه أحكام العبد:

---

(١) ذكره الحافظ فى تلخيص الحبير ٣/ ١٦٩ وقال:
كذا أورده الماوردى فى الحاوى والشيخ فى المهذب ولم نقف له على أصل إنما يعرف من قصة أبى جميلة .

(٢) ينظر: الحاوى (٨/ ٣٤) .

أما عدم القطع بحريته؛ فلإمكان ما عداها من الرق، وأما إسقاطها تغليبا لأحكام الرق؛ فلأن الأغلب من دار الإسلام الحرية كما كان الأغلب فيها الإسلام. وإنما اختلف قول الشافعى فى ظاهر أمره:

فأحد القولين: أنه حر فى الظاهر وإن جاز أن يكون عبدًا، كما أجرينا عليه حكم الإسلام فى الظاهر وإن جاز أن يكون كافرًا، ولأن الرق طارئ والحرية أصل؛ فلأن يجرى فى الظاهر على حكم الأصل أولى.

والقول الثانى: أنه مجهول الأصل؛ لإمكان الأمرين، وأن الرق قد يجوز أن يكون مستحقا؛ فلم يجز أن نحكم بتغليب غيره عليه، وليس كالكفر الذى هو باطل؛ فجاز تغليب الإسلام عليه، ومن هذين القولين خرج القولان فى استحقاق القود من الحر[1].

فصل: فإذا وجد الرجل لقيطا فلا يخلو أن يجد معه مالا أو لا يجد:

فإن لم يجد معه مالا، تطوع بأخذه والنفقة عليه، وإن أبى أن ينفق عليه تطوعا إما لعجز أو شح، رفع أمره إلى الحاكم.

وإن وجد معه مالا؛ لأنه ربما فعل ذلك ليكون باعثا على أخذه والقيام بتربيته - فذلك المال ملك له؛ لأنه لا يمتنع - وإن كان طفلا - أن يكون مالكا بميراث أو وصية، وإنما يحكم بملكه فيما كان بيده؛ لأن له يدًا توجب الملك كالكبير الذى ينسب إليه، ويجرى على حكم ملكه كل ما كان عليه من ثياب أو حلى، أو كان تحته من فراش أو حصير، أو كان فى يده من دراهم أو عنان فرس، أو كان راكبا له من بعير أو فرس - فكل ذلك منسوب إلى يده كالكبير، ومحكوم له به فى ملكه.

فرع: وما وجد منفصلا عنه فضربان:

أحدهما: أن يبعد عنه: كالفرس المربوط على بعد، أو كيس من دراهم أو ثوب - فذلك غير منسوب إلى يده؛ كما لا ينسب إلى يد الكبير، ويكون لقطة.

والضرب الثانى: أن يكون ذلك قريبا منه، فهذا على ضربين:

---

(١) ينظر: الحاوى (٨/ ٤٩).

أحدهما: أن يكون الموضع آهلا كثير المارة، فهذا يكون لقطة أيضا.

والضرب الثانى: أن يكون الموضع منقطعا قليل المارة، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى إسحاق المروزى، والظاهر من كلام الشافعى -: أن يكون لقطة كالكبير الذى لا يملك ما يقاربه من المال إذا لم يكن له عليه يد.

والوجه الثانى - وهو قول أبى على بن أبى هريرة -: أنه يكون ملكا للقيط؛ اعتبارا بالظاهر من حاله، وفرق بينه وبين الكبير بأن الكبير يقدر على إمساك ما يقاربه من مال أو فرس، فإذا لم يفعل ارتفعت يده؛ فزال الملك، والصغير يضعف عن إمساك ما يقاربه؛ فجاز أن ينسب إلى ملكه، وأنه فى حكم ما فى يده[1].

هذا ما ذكره صاحب الحاوى، أما صاحب البيان فقال:

وإن كان بالقرب منه مال مطروح، أو فرس مربوط، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه له؛ لأن الإنسان قد يترك ماله ودابته بالقرب منه.

والثانى: أنه لا يكون له، وهو ظاهر النص؛ لأن اليد يدان: يد مشاهدة، ويد حكمية: فالمشاهدة: ما كان ممسكا له بيده، والحكمية: ما كان فى ملكه، وإن لم يكن ممسكا له. وهذا ليس بواحد منهما.

ويفارق الكبير؛ لأن بقربه يكون مراعيا له، فكان بمنزلة المتصل به. والطفل لا مراعاة له؛ فجرى مجرى البعيد من الكبير.

وقد أشار ابن الرفعة إلى هذا الخلاف، فقال: وإن كان بقربه - أى: الصبى - مال، فقد قيل: هو له، كما لو كان بقرب البالغ فادعاه؛ فإنه يكون له، كما حكاه المتولى وغيره، وهذا قول ابن أبى هريرة. وقيل: ليس له؛ لأن يده لا تثبت إلا على ما كان متصلا به، وهو ظاهر النص والأصح فى التهذيب وغيره، وبه جزم القاضى أبو الطيب، وقال: ويفارق البالغ؛ لأن البالغ يراعيه فتثبت يده عليه بالمراعاة، والصبى لا تتصور المراعاة منه؛ فوزانه من البالغ: أن يكون المال بعيدا منه بحيث لا يمكنه مراعاته؛ فإنه لا يكون تحت يده.

---

(١) ينظر: الحاوى (٨/ ٣٤، ٣٥).

فرع: وأما ما تحته من مال، فضربان مدفون، وغير مدفون:

فإن كان مدفونا، فليس بملك للقيط؛ لأن الكبير لو كان جالسا على أرض تحتها دفين، لم يحكم له بملكه. ثم ينظر: فإن كان من ضرب الإسلام فهو لقطة وإن كان من ضرب الجاهلية فهو ركاز يملكه الواجد، وعليه خمسه.

وإن كان غير مدفون فضربان:

أحدهما: أن يكون فوق بساطه، وتحت جسده - فهذا ملك للقيط؛ لكونه فى يده، وتحت جسده.

والضرب الثانى: أن يكون تحت بساطه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون ملكا له؛ كالبساط إذا كان تحته يكون ملكه.

والثانى: لا يكون ملكه، ويكون لقطة، بخلاف البساط؛ لأن الدراهم لم تجر العادة أن تكون مبسوطة على الأرض تحت مالكها، وجرت عادة البساط أن يبسط على الأرض تحت مالكه[١].

هكذا ذكره صاحب الحاوى، وظاهره وظاهر ما ذكره المصنف هاهنا وفى التنبيه - أنه لا فرق بين أن يكون فى ثوب اللقيط رقعة تدل على ما تحت اللقيط مدفونا له أو لا؟

قال ابن الرفعة: وقد حكى الإمام فى حالة القرب ووجود الرقعة وجهين: أظهرهما فى الوسيط: اتباع ما فيها، ثم قال الإمام: وليت شعرى! من عول على الرقعة، ما قوله إذا أرشدت إلى دفين بعيد، وإلى دابة مربوطة بالبعد؟ وفيه تردد ظاهر[٢].

فرع: وأما الموضع الذى هو منبوذ فيه، فإن كان مواتا أو مسجدا فهو على حاله. وإن كان ملكا فضربان:

أحدهما: ما جرت العادة بسكناه: كالدور - فيكون ذلك له إذا لم يكن غيره فيها؛ كالكبير يملك ما هو فيها من دار.

والضرب الثانى: أن يكون ما لم تجر العادة بسكناه: كالبساتين، والضياع - فعلى وجهين:

---

(١) ينظر: الحاوى ٨/ ٣٥ .

(٢) ينظر: الكفاية خ .

أحدهما: يحكم بأنه ملكه ما لم يكن لغيره عليه يد، كالدور.

والوجه الثانى: لا يحكم له بذلك، بخلاف الدار؛ لأن سكنى الدار تصرف، وليس الحصول فى البساتين سكنى ولا تصرفًا[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وجد فى بلدٍ من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم؛ لأنه اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها.

وإن كان فى بلد الكفار ولا مسلم فيه، فهو كافر؛ لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين.

وإن كان فيه مسلم ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كافر؛ تغليبًا لحكم الدار.

والثانى: أنه مسلم تغليبًا لإسلام المسلم الذى فيه.

وإن التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر، أقر فى يده؛ لما ذكرناه من حديث عمر - رضى الله عنه - ولأنه لا بد من أن يكون فى يد من يكفله، فكان الملتقط أحق به؛ لحق السبق.

(الشرح) قوله: (يكفله)[2] أى: يعوله ويربيه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[3] [آل عمران: ٣٧]، وقوله تعالى: ﴿هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ﴾ [القصص: ١٢].

الأحكام: أحكام هذا الفصل مبنية على مقدمة، وهى أن الناس فى الإسلام على ضربين: مكلف، وغير مكلف.

فأما المكلف: فهو البالغ العاقل، فهذا لا يحكم بإسلامه إلا بأن يأتى بالشهادتين.

وأما غير المكلف: فهو الصبى والمجنون. وقد يسلم الصبى، وقد يتبع غيره فى الإسلام.

فأما إسلامه بنفسه: فهو مذكور فى السير

وأما إسلامه تبعا لغيره: فذلك الغير ثلاثة أشياء:

---

(١) ينظر: الحاوى ٨/ ٣٥، ٣٦ .

(٢) ينظر النظم (٢/ ٨١) .

(٣) على قراءة التخفيف، وهى لابن كثير وأبى عمرو وابن عامر.
ينظر: زاد المسير (١/ ٣٧٨)، معانى القرآن للفراء (١/ ٢٠٨) .

الأبوان، أو السابى، أو الدار ونحن نشير إليها هاهنا بإيجاز، على أن نعود لتفصيل القول فيها عند بياننا لأحكام قول المصنف: "فصل: ومن حكم بإسلامه بأحد أبويه أو بالسابى... إلخ".

فأما الأبوان: فإذا أسلما ولهما ولد صغير، تبعهما فى الإسلام. وهكذا: إن أسلم الأب وحده تبعه فى الإسلام بلا خلاف؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطور: ٢١]. وإن أسلمت الأم وحدها، تبعها الصغير فى الإسلام، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: لا يتبعها.

دليلنا: قوله ﷺ: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ على الْفِطْرَةِ: وَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ، أو يُنَصِّرَانِهِ، أو يُمَجِّسَانِهِ»(١).

---

(١) أخرجه البخارى (١١/ ٤٩٣) كتاب: القدر، باب: الله أعلم بما كانوا عاملين، الحديث (٦٥٩٩)، ومسلم (٤/ ٢٠٤٨) كتاب: القدر، باب: معنى كل مولود يولد على الفطرة، الحديث (٢٥/ ٢٦٥٨)، وأبو داود (٥/ ٨٦) كتاب: السنة، باب: فى ذرارى المشركين، الحديث (٤٧١٤)، والترمذى (٣/ ٣٠٣) كتاب: القدر، باب: كل مولود يولد على الفطرة، الحديث (٣٢٢٣)، ومالك (١/ ٢٤١) كتاب: الجنائز، باب: جامع الجنائز، الحديث (٥٢)، وأحمد (٢/ ٢٣٣)، والحميدى (٢٢/ ٤٧٣) رقم (١١١٣)، وعبد الرزاق (٢٠٠٨٧)، وأبو يعلى (١١/ ١٩٧)، رقم (٦٣٠٦)، وابن حبان (١٢٨، ١٣٠)، وأبو نعيم فى الحلية (٩/ ٣٢٨)، من حديث أبى هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «كل مولود يولد على الفطرة؛ فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه، كما تنتج الإبل جمعاء، هل تحس فيها من جدعاء، قالوا: يا رسول الله أرأيت الذى يموت وهو صغير، قال: الله أعلم بما كانوا عاملين».

ولفظ مسلم مصدرًا بلفظ: «كل إنسان تلده أمه على الفطرة، وأبواه بعد يهودانه وينصرانه ويمجسانه، فإن كانا مسلمين فمسلم، كل إنسان تلده أمه، يلكزه الشيطان فى حضنيه إلا مريم وابنها».

وفى الباب عن جابر، والأسود بن سريع، وابن عباس، وسمرة بن جندب.

حديث جابر:

أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٣) من طريق أبى جعفر الرازى عن الربيع بن أنس عن الحسن عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فإذا عبر عنه لسانه إما شاكرًا وإما كفورًا».

وذكره الهيثمى فى المجمع (٧/ ٢٢١)، وقال: رواه أحمد، وفيه أبو جعفر الرازى وهو ثقة، وفيه خلاف، وبقية رجاله ثقات.

حديث الأسود بن سريع:

=

وعند مالك: إن الأم لا مدخل لها فى التهويد والتنصير والتمجيس.

ولأنها أحد الأبوين، فيتبعها الولد فى الإسلام؛ تغليبا للإسلام؛ لقوله ﷺ: «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى»[(1)]؛ كالأب.

وأما السابى: فإذا سبى طفل من أولاد الكفار، فإن سبى معه أبواه أو أحدهما، فإنه يتبعهما فى الكفر إن كانا كافرين. وإن أسلم أحدهما تبعه. وإن سبى وحده فهل يتبع السابى فى الإسلام؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يتبعه؛ لأن يده يد ملك.

والثانى: يتبعه؛ لأنه لا يمكن اعتبار إسلامه بنفسه، ولا بأبويه؛ فلم يبق من يتبعه غير السابى.

فعلى هذا: إن كان السابى مسلما حكم بإسلام الصبى، وإن كان السابى يهوديًّا أو نصرانيًّا لم يحكم بإسلامه.

وأما إسلامه بالدار، فهو ما تبنى عليه أحكام هذا الفصل كالتالى:

= أخرجه أحمد (٣/ ٤٣٥)، وابن حبان (١٦٥٨ - موارد)، وأبو يعلى (٢/ ٢٤٠) رقم (٩٤٢)، والطبرانى فى الكبير (١/ ٢٨٣) رقم (٨٢٨)، والطحاوى فى مشكل الآثار (٢/ ١٦٣) من حديث الأسود بن سريع بمثل حديث جابر.

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٥/ ٣١٩)، وقال: رواه أحمد بأسانيد والطبرانى فى «الكبير» و «الأوسط»، وبعض أسانيد أحمد رجاله رجال الصحيح.

حديث ابن عباس:

أخرجه البزار فى مسنده (٢١٦٧ - كشف)، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٧/ ٢٢١) بلفظ: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه».

وقال الهيثمى: رواه البزار، وفيه ممن لم أعرفه غير واحد.

حديث سمرة بن جندب:

أخرجه البزار (٢١٦٦ - كشف)، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٧/ ٢٢١)، وقال: رواه البزار وفيه عباد بن منصور وهو ضعيف ونقل عن يحيى القطان أنه وثّقه.

(١) أخرجه البخارى معلقًا [٣/ ٢٥٨] كتاب الجنائز، باب: إذا أسلم الصبى فمات، هل يصلى عليه، ووصله البيهقى [٦/ ٢٠٥] كتاب اللقطة، باب: ذكر بعض من صار مسلمًا بإسلام أبويه أو أحدهما من أولاد الصحابة رضى الله عنهم. والدارقطنى [٣/ ٢٥٢] باب المهر (٣٠)، وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» [٣/ ٢١٣] كتاب: النكاح باب: نكاح أهل الشرك، والألبانى فى إرواء الغليل [٥/ ١٠٦]، رقم: [١٢٦٨]، والعجلونى فى كشف الخفاء. [١/ ١٢٧] رقم (٣٦٢)، والهندى فى «كنز العمال» [١/ ٦٦] رقم: (٢٤٦).

إن وجد اللقيط فى بلد المسلمين، سواء خطَّه المسلمون: كبغداد، والبصرة، والكوفة، أو لم يخطوه، لكنهم فتحوه: إما صلحا على أن تكون رقبته لنا، أو لهم وعليهم الجزية، وإما عنوة، وتركناهم فيه بالجزية وفى هذا البلد مسلمون، أو فى بلد كان للمسلمين ثم أخذ منهم وفيه مسلمون: كطرسوس، والمصيصة - فهو مسلم، محكوم بإسلامه ظاهرا؛ لأن المسلمين إن كانوا أكثر، فالظاهر: أنه منهم، والحكم يتبع الظاهر. وإن كان الأكثر خلافهم، فهو متردد بين أن يكون مسلما أو كافرا، والدار دار الإسلام، فغلبناه؛ لعلوه وانحطاط غيره عنه.

قال ابن الرفعة: وقال الإمام فى الثانية: يجوز أن تجرى هذه الدار مجرى دار الكفر؛ لغلبة الكفر عليها.

أما إذا أخذ الكفار بلد المسلمين، ولم يبق فيه من يتظاهر بالإسلام - فهو كافر، كما سنذكره فى بلد الكفار، نص عليه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما.

وعن أبى إسحاق: أنه مسلم؛ لأن الدار دار إسلام، وربما يبقى فيها من يكتم إسلامه.

وإن وجد فى بلد فتحه المسلمون ولا مسلم فيه، أو فى بلد الكفار، ولا مسلم فيه - فهو كافر؛ لأن حكم الإسلام إنما يغلب فى حالة الاحتمال، ولا احتمال فى هذه الحالة.

قال ابن الرفعة: وادعى الإمام: أن أئمتنا لم يختلفوا فى الأولى، وعدم الاختلاف فى الثانية أولى، وفى التتمة حكاية وجه مخرج فيما إذا وجد فى بلد فتحه المسلمون، وأقر الإمام أهلها فيه على خراج يؤدونه: أنه يكون مسلما؛ لجواز أن يكون فيها مسلم لم يظهر إسلامه. وإن وجد فى بلد الكفار وفيه مسلمون، فقد قيل: مسلم؛ تغليبا للإسلام كما ذكرنا، وقيل: هو كافر؛ تغليبا لحكم الدار، ولا فرق عند الفورانى بين المجتاز والمقيم من المسلمين فى ذلك، وإنه لو نفى من فى البلد من المسلمين اللقيط عنه، لما انتفى الإسلام عنه؛ بل يحكم بإسلامه.

فرع: حيث حكم على اللقيط بأنه كافر، فلو كان أهل البقعة أصحاب ملل مختلفة، قال الرافعى: فالقياس: أن يجعل من خيرهم دينا، ثم إذا حكمنا بكونه مسلما: فإن كان لكونه وجد فى بلد المسلمين ولا كافر فيه - فهو مسلم ظاهرا وباطنا، وإن كان لكونه فيه مسلمون وكفار - فهو محكوم بإسلامه فى الظاهر دون

الباطن - قال الماوردى[١].

فرع: إن أجرينا على اللقيط أحكام الشرك، فبلغ ووصف الإسلام بعد بلوغه - استوثق به حكم الإسلام من حينئذ، وإن أقام على الشرك أقر عليه من غير تخويف ولا إرهاب.

وإن جرى عليه حكم الإسلام، فذلك ضربان:

أحدهما: أن نجريه عليه فى الظاهر والباطن على ما ذكرنا من التقاطه فى بلاد الإسلام التى لا يدخلها مشرك، فهذا لا يقبل منه بعد البلوغ الرجوع عنه، ويكون إن رجع عنه مرتدا.

والضرب الثانى: أن نجرى عليه حكم الإسلام فى الظاهر دون الباطن، فما لم يبلغ فحكم الإسلام جار عليه، فإن مات غسل، وصلى عليه، ودفن فى مقابر المسلمين. وإن قتله مسلم فعليه دية مسلم، وفى وجوب الاقتصاص منه قولان:

أحدهما: يقتص منه؛ لجريان حكم الإسلام عليه.

والقول الثانى: لا يقتص منه؛ لاحتمال حاله، وأنه ربما وصف الكفر بعد بلوغه؛ فلم يجز أن يراق دم بالشبهة.

فإن وصف الإسلام قولا، وأقام عليه فعلا - استقر حكم إسلامه، وجرى القصاص على قاتله. وإن رجع عنه إلى الشرك، أرهب وخوف؛ لرجوعه عن الإسلام، فإن أبى إلا أن يكون مشركا - سئل عن سبب شركه: فإن قال: لأن أبى مشرك، وصرت لاتباع أبى مشركا، ترك لما اختاره من الشرك؛ لاحتماله، وأجرى عليه أحكام الشرك؛ لأننا لم نكن حكمنا بإسلامه قطعا، وإنما حكمنا به تغليبا.

وإن قال: لست أعرف دين أبى، ولا أعلمه مسلما ولا مشركا، ولكننى أختار الشرك ميلا إليه، ورغبة فيه - ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل منه؛ لأنه لم يكن مقطوعا بإسلامه.

والوجه الثانى - وهو الأصح -: أنه لا يقبل منه، ويجعل - إن أقام عليه - مرتدا إلا أن يدعى شرك أبيه فيقبل منه، ويقر عليه؛ ليكون فى الشرك تبعا ولا يكون متبوعا[٢].

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

(٢) ينظر: الحاوى (٨/ ٤٦ - ٤٧) .

فرع: وإن التقط اللقيط حر أمين مسلم مقيم، أقر فى يده؛ لقصة أبى جميلة مع عمر، قال ابن الرفعة: وقد ادعى الإمام أن ذلك مجمع عليه، وأنه لا يحتاج الى مراجعة الإمام فى ابتداء الأخذ ولا فى دوامه؛ كما فى أخذ اللقطة. ولأنه لا بد له من أن يكون فى يد من يكفله؛ فكأن الملتقط أحق به، ويستحب أن يشهد عليه، وعلى ما معه. وقيل: يجب، وتوجيهها ما تقدم فى اللقطة، وقد أثبت بعضهم هذا الخلاف وجهين، وبعضهم قولين بالنقل والتخريج؛ لأنه نص هنا على الوجوب، وفى اللقطة على الاستحباب، ومنهم من أقر النصين، وهو الأظهر فى الرافعى، وفرق بأن القصد من اللقطة: المال، والإشهاد فى التصرفات المالية مستحب، وفى اللقيط يحتاج إلى حفظ الحرية والنسب؛ فوجب الإشهاد؛ كما فى النكاح، وأيضا: فاللقطة يشيع أمرها بالتعريف، ولا تعريف فى اللقيط.

قال ابن الرفعة: وحكى الإمام وجها فارقا بين أن يكون الملتقط ظاهر العدالة؛ فلا يكلف الإشهاد، أو مستورها؛ فيكلف؛ ليصير الإشهاد قرينة تغلب على الظن للثقة به، وهذا الوجه قريب الشبه من وجه حكيناه فى عدم وجوب الإشهاد على أخذ الراهن للرهن؛ لينتفع به إذا كان ظاهر العدالة، ثم إذا أوجبنا الإشهاد، فلم يفعله - قال فى الوسيط: لا تثبت له ولاية الحضانة[1].

فرع: أما إذا كان الملتقط غير مأمون على اللقيط؛ خوفا من استرقاقه، ولا على ماله؛ خوفا من استهلاكه - نزعه الحاكم من يده؛ لأمرين:

أحدهما: أن غير المأمون ليس من أهل الولايات.

والثانى: أنه لا حظ للمنبوذ فى تركه تحت يده.

فإن قيل: أفليس لو كان واجد اللقطة غير مأمون عليها، أقرت فى يده على أحد القولين؟! فهلا كان اللقيط كذلك.

قيل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن اللقطة اكتساب؛ فجاز أن يستوى فيها الأمين وغيره، والتقاط المنبوذ ولاية؛ فاختلف فيه الأمين وغيره.

والثانى: ما يخاف على المنبوذ من استرقاقه وإضاعته أغلظ مما يخاف على المال

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

من استهلاكه وتلفه؛ لأن للمال بدلًا، وليس للحرية بدل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه، لم يخل حال ملتقط المنبوذ من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون مأمونا عليه وعلى ماله؛ فيقران معا فى يده، وهل يكون للحاكم عليه نظر أم لا؟ على وجهين:

أحدهما - وهو قول أبى [على الطبرى -: لا نظر عليه، ولا اجتهاد له فى كفالته؛ كما أنه لا نظر فى اللقطة على واجدها إذا كان أمينا.

والوجه الثانى - وهو قول أبى على بن خيران -: أن للحاكم عليه فى المنبوذ نظرًا، وله فى كفالته اجتهاد؛ لأنه الولى على الأطفال، وخالف حال اللقطة؛ لأنها كسب، وهكذا اختلف أصحابنا! هل يكون الملتقط خصمًا فيما نوزع فيه المنبوذ من أمواله أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: يكون خصمًا فيه نيابة عن المنبوذ؛ لمكان نظره عليه.

والوجه الثانى: لا يكون خصمًا إلا بإذن الحاكم.

والقسم الثانى: أن يكون الملتقط غير أمين عليه ولا على ماله؛ فواجب على الحاكم انتزاعهما من يده، ويرتضى له من يقوم بكفالته وحفظ ماله.

والقسم الثالث: أن يكون أمينًا عليه؛ فلا يخاف من استرقاقه له، لكنه غير أمين على ماله؛] خوفا من استهلاكه له - فهذا يقر المنبوذ فى يده، وينتزع المال منه؛ لأنه قد صار له بالتقاطه حق فى كفالته، فما لم يخرج عن حد الأمانة فيه، كان مقرا معه، ولا تراعى فيه العدالة؛ فيكون جرحه فى شىء جرحا فى كل شىء، وإنما يراعى فيه الأمانة، وقد يكون أمينا فى شىء وإن كان غير مؤتمن فى غيره.

والقسم الرابع: أن يكون أمينا على ماله غير أمين على نفسه فينتزع المنبوذ منه، وفى إقرار المال معه وجهان:

أحدهما: يقر معه وإن نزع المنبوذ منه؛ كما يقر المنبوذ معه وإن نزع المال منه.

والوجه الثانى: ينتزع المال منه مع المنبوذ؛ لأن ماله تبع له، والفرق بين المنبوذ وبين ماله: أن لملتقط المنبوذ حق فى كفالته، وليس له حق فى حفظ ماله، وإنما الحق عليه فى المال وله الكفالة؛ فافترقا[1].

---

(١) ينظر: الحاوى (٨/ ٣٦ - ٣٧).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن كان له مال كانت نفقته فى ماله كالبالغ، ولا يجوز للملتقط أن ينفق عليه من ماله بغير إذن الحاكم.

فإن أنفق عليه من غير إذنه، ضمنه؛ لأنه لا ولاية له عليه إلا فى الكفالة فلم يملك الإنفاق بنفسه؛ كالأم.

وإن فوض إليه الحاكم أن ينفق عليه مما وجده معه، فقد قال فى «كتاب اللقيط»: يجوز، وقال فى «كتاب اللقطة»: إذا أنفق الواحد على الضالة ليرجع به - لم يجز حتى يدفع إلى الحاكم، ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه.

فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدةٍ من المسألتين إلى الأخرى، وجعلهما على قولين.

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لا يلى بنفسه، فلم يجز أن يكون وكيلًا لغيره فى القبض له من نفسه، كما لو كان عليه دين، ففوض إليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه.

والثانى: يجوز؛ لأنه جعل أمينًا على الطفل - فجاز أن ينفق عليه مما له فى يده كالوصى.

ومنهم من قال: يجوز فى اللقيط، ولا يجوز فى الضالة؛ لأن اللقيط لا ولى له فى الظاهر - فجاز أن يجعل الواحد وليًا له، والضالة لها مالك هو ولى عليها، فلا يجوز أن يجعل الواحد وليًا عليها.

وإن لم يكن حاكم فأنفق من غير إشهادٍ - ضمن، وإن أشهد - ففيه قولان:

أحدهما: يضمن؛ لأنه لا ولاية له فضمن، كما لو كان الحاكم موجودًا.

والثانى: لا يضمن؛ لأنه موضع ضرورةٍ.

وإن لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته؛ لأنه آدمى له حرمة يخشى هلاكه فوجب على السلطان القيام بحفظه؛ كالفقير الذى لا كسب له.

ومن أين تجب النفقة؟ فيه قولان:

أحدهما: من بيت المال؛ لما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه استشار الصحابة فى نفقة اللقيط؛ فقالوا: من بيت المال، ولأن من لزم حفظه بالإنفاق، ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال؛ كالفقير الذى لا كسب له فعلى هذا لا يرجع

على أحدٍ بما أنفق عليه.

والقول الثانى: لا يجب من بيت المال؛ لأن مال بيت المال لا يصرف إلا فيما لا وجه له غيره.

واللقيط يجوز أن يكون عبدًا، فنفقته على مولاه، أو حرًّا له مال، أو فقيرًا له من تلزمه نفقته - فلم يلزم من بيت المال، فعلى هذا يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال، أو من رجلٍ ثرى من المسلمين فإن لم يكن فى بيت المال، ولا وجد من يقرضه جمع الإمام من له مكنة وعد نفسه فيهم، وقسط عليهم نفقته.

فإن بان أنه عبد - رجع على مولاه.

وإن بان أن له أبًا موسرًا - رجع عليه بما اقترض له.

فإن لم يكن له أحد وله كسب - رجع فى كسبه، وإن لم يكن له كسب قضى من سهم من ثرى من المساكين أو الغارمين.

(الشرح) قوله لما روى عن عمر.... إلخ فأخرجه عبد الرزاق[1].

قوله: (من له مكنة)[2] أى: غِنًى ومال.

الأحكام: اللقيط لا يخلو إما أن يكون له مال، أو لا مال له. فإن كان له مال، كانت نفقته فى ماله؛ لأن الطفل إذا كان له أبوان موسران وله مال، كانت نفقته فى ماله، فلأن تكون نفقة من لا يعرف أبواه فى ماله أولى.

فإن تطوع الملتقط، وأنفق عليه من مال نفسه - كان محسنا؛ كالأب إذا تطوع بالإنفاق على ولده الغنى وإن أراد الملتقط أن ينفق عليه من ماله[3]، نظرت:

فإن كان فى البلد حاكم، لم يجز للملتقط أن ينفق على اللقيط من ماله بغير إذن الحاكم؛ لأن الملتقط لا ولاية له على مال اللقيط، وإنما له الولاية على حضانته؛ لأن الذى يلى التصرف فى مال الطفل بغير تولية أبوه وجده، وأما ما عداهما من العصبات فليس له ولاية وإن كان حاضنا؛ فالملتقط أولى، قال ابن الرفعة: وهذا ما

---

(١) (١٦١٨٣).

(٢) ينظر: النظم (٢/ ٨١).

(٣) ينظر: الحاوى (٨/ ٣٧).

ادعى الإمام نفى خلافه، وكذلك الماوردى، وقال: سواء قلنا: إن للحاكم[١] عليه نظرًا فى اللقيط أو ليس له؛ لأن للحاكم نظرا فى ماله لا يختلف فيه.

فإن أنفق عليه من غير إذنه ضمن؛ لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه؛ فأشبه ما لو كان للطفل مال مودع عند إنسان، فأنفق عليه منه بغير إذن وليه - فإنه يلزمه الضمان. وفى كتاب ابن كج وجه غريب: أنه لا يصير ضامنا[٢].

وفى الحاوى قال: إن أنفق بغير إذن، لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون قادرا على استئذانه أو غير قادر، فإن كان قادرا على استئذانه كان ضامنا لما أنفق قصدا أو سرفا؛ لأن الحاكم هو الوالى على المال دونه، وصار ذلك - وإن وصل إلى مالكه - كمن أخذ علف رجل أعده لدابته، فأطعمها إياه ضمنه له وإن وصل إليه.

وإن لم يقدر على استئذان الحاكم، ففى ضمانه وجهان؛ كالجمال إذا هرب من مستأجر، فاكترى لنفسه عند إعواز حاكم ليستأذنه:

أحد الوجهين: أن يسترجع المستأجر، ولا يضمن الملتقط؛ لضرورتها.

والثانى: لا يرجع المستأجر ويضمن الملتقط؛ لئلا يكونا حاكمى أنفسهما.

ومن أصحابنا من فرق بين هرب الجمال وبين ملتقط المنبوذ: فجعل للمستأجر أن يرجع، وجعل الملتقط ضامنا؛ لأن المستأجر مضطر إلى استيفاء حقه، وليس الملتقط مضطرا إلى التقاطه. وهذا لا وجه له؛ لأنه ربما وجده ضائعا فى مهلكة؛ فلزمه أخذه لنفسه[٣].

وإن جاء الملتقط إلى الحاكم وعرفه الحال، نظرت: فإن أخذ الحاكم المال منه، ودفعه إلى أمين، وأمره أن يعطى الملتقط كل يوم قدر النفقة، أو ينفقه الأمين عليه، أو قبض الحاكم المال من الملتقط، ودفع إليه كل يوم قدر نفقة اللقيط، وأمره بإنفاق ذلك عليه - جاز.

وإن أقر الجاكم المال فى يد الملتقط، وأمره أن ينفق منه قدر ما يحتاج إليه - فقد قال الشافعى هاهنا وفى الدعوى: لا يجوز.

---

(١) ينظر: الكفاية خ .
(٢) ينظر: الكفاية خ .
(٣) ينظر: الحاوى (٨/ ٣٧، ٣٨) .

وقال فى (اللقطة الكبير) من "الأم": (إذا وجد الرجل ضالة، وأراد أن ينفق عليها من ماله على أن يرجع بذلك على صاحبها - لم يجز، إلا أن يدفع ذلك إلى الحاكم حتى ينصب عدلا، فيأمر الملتقط بدفع المال إليه، حتى يتولى الإنفاق).

فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى، وخرجهما على قولين: أحدهما: لا يجوز أن يأذن له فى الموضعين بالإنفاق، بل ينصب أمينا يجعل المال فى يده، ويعطيه قدر النفقة كل يوم؛ لأنه إذا أذن له فى أن ينفق النفقة مما فى يده، صار قابضا من نفسه ومقبضا، وإنما يجوز ذلك فى الأب والجد دون غيرهما.

قال الشيخ أبو حامد: وهذا التعليل إنما يصح فى الضالة، وفى اللقيط إذا لم يكن له مال فأقرضه الملتقط.

قال ابن الرفعة: قال الإمام بعد حكايته هذا الوجه عن العراقيين: وهذا لا أعرف له وجها، ولا آمن أن يكون غلطة من الناسخ. قلت - أى: ابن الرفعة - قد يظهر وجهه على طريق من أوجب على الملتقط تسليم المال إلى الحاكم؛ فإنه إذا وجب كان فى إنفاقه إسقاط لذلك الواجب؛ فيتحد القابض والمقبض، لكن قد قلنا: إن الأجير لو أذن للمستأجر فى صرف الأجرة فى العمارة، جاز، ولم يخرج على اتحاد القابض والمقبض، وهذا أولى، وعلى هذا قال الماوردى: ففى كيفية ما يفعل وجهان:

أحدهما: أنه يؤخذ من مال المنبوذ القدر الذى يتصرف فى نفقته، ويدفع إلى أمين يتولى شراء ما يحتاج إليه المنبوذ من طعام وكسوة، ثم يدفعه للملتقط حتى يطعمه ويكسوه؛ لأنه أحوط.

والثانى: يأخذ قدر النفقة، ثم يدفع إلى الملتقط؛ ليتولى شراء ذلك بنفسه؛ لما فيه من حق الولاية عليه[1].

والقول الثانى: أنه يجوز أن يأذن له فى الإنفاق، وهو الصحيح؛ لأن الملتقط أمين. فإذا أذن له فى الإنفاق صار وليا، وللولى أن ينفق على المولى عليه من ماله بإذن الحاكم؛ كالولى على اليتيم من قبل الحاكم والوصى. ولأنه لا خلاف أنه إذا أخذ المال من يده، جاز أن يدفع إليه كل يوم قدر النفقة، ويتولى إنفاق ذلك عليه؛

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

فجاز إقرار المال بيده؛ لينفق عليه منه قدر حاجته.

فعلى هذا: إن قدر له الحاكم نفقة معينة، فزاد الملتقط عليها من غير حاجة - ضمن. وإن ترك الحاكم للملتقط الاجتهاد فى قدر النفقة، فيقبل منه من النفقة ما لم يجاوز القصد، أما ما جاوز القصد فلا يقبل منه؛ لأنه متعد به وإن كان محقا فيه، ذكره صاحب الحاوى.

ومن أصحابنا من حملهما على ظاهرهما، فقال فى اللقيط: يجوز، وقال فى الضالة: لا يجوز.

والفرق بينهما: أن اللقيط مولى عليه بكل حال؛ لأنه إذا لم يكن له أب ولا جد - فالحاكم وليه. وإذا كان له أحدهما، قام الحاكم مقامه عند غيبته، وقد أذن له. وأما الضالة: فيجوز أن تكون لبالغ رشيد لا ولاية للحاكم عليه.

إذا ثبت هذا: فقد قال العمرانى: فإذا قلنا: إنه ينصب أمينا يدفع المال إليه ليعطيه النفقة، قدر له الحاكم ما يعطيه كل يوم.

وإن قلنا: يأمره بالإنفاق، فإنه ينفق ما يحتاج إليه فى العرف. فإذا بلغ اللقيط واختلفا فى قدر النفقة: فإن كان ما يدعيه الملتقط النفقة بالمعروف، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أمين. وإن ادعى أكثر من النفقة بالمعروف، لم يقبل قوله فى الزيادة، ولزمه ضمان الزيادة. فإن لم يكن فى البلد حاكم، فأنفق الملتقط من غير إشهاد - ضمن؛ لأنه ترك الاحتياط، وفى النهاية وجه: أنه لا يضمن، فيجوز أن يكون عند تعذر الإشهاد، ويجوز أن يكون مع القدرة عليه، وإلى ذلك أشار الرافعى بقوله: وفيه وجه: إما مطلقا، وإما عند تعذر الإشهاد؛ كما ذكرنا فى مسألة الجمال[١].

وإن أشهد، فهل يضمن؟ فيه قولان - وقيل: هما وجهان -:

أحدهما: يضمن؛ لأنه أنفق بغير إذن الحاكم، فضمن كما لو كان فى البلد حاكم، قال ابن الرفعة: فعلى هذا يدفع المال إلى أمين لينفق عليه.

والثانى: لا يضمن؛ لأنه موضع ضرورة، والإنفاق لا بد منه؛ إذ لو ترك من غير إنفاق، مات، قال ابن الرفعة: وهذا أصح، وبه جزم المتولى.

فرع: وإن لم يكن للقيط مال، أنفق عليه من بيت المال؛ لما روى: أن عمر -

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

رضى الله عنه - استشار الصحابة - رضى الله عنهم - فى نفقة اللقيط، فقالوا: ينفق عليه من بيت المال[١]. وحكى القاضى الحسين: أنهم قد أجمعوا على ذلك. ولأنه لو كان بالغا معسرا. كانت نفقته فى بيت المال؛ فاللقيط بذلك أحق. وإن لم يكن فى بيت المال شيء، أو كان فيه شيء، لكن احتيج إليه لما هو أهم من ذلك: كسيل يعظم ضرره لو ترك - فإنه يجب على المسلمين الإنفاق عليه، كما لو اضطر بالغ إلى الطعام؛ فإنه يجب على المسلمين بذل ما يحتاج إليه من الطعام، وهل يجب ذلك عليهم على وجه الإنفاق، أو على وجه القرض؟ فيه قولان:

أحدهما: يجب عليهم ذلك على وجه الإنفاق بلا عوض؛ لأنه ضائع لا حيلة له، فوجب الإنفاق عليه بغير عوض؛ كالمجنون الذى لا يعقل ولا شيء له، فإنه يجب على المسلمين الإنفاق عليه، وكذلك يجب عليهم كفن ميت لا مال له، وهذا ما يقتضى إيراد الغزالى ترجيحه.

فعلى هذا: إن قام بها البعض، اندفع الحرج عن الباقين، وإن امتنعوا طالبهم الإمام، فإن أصروا قاتلهم. فإن تعذر الإنفاق، استقرض على بيت المال، وأنفق عليه[٢].

وأما كيفية إخراج النفقة على هذا القول: فإنها تقسط على المسلمين؛ إذا أمكن استيعابهم. أما إذا كثروا وتعذر التوزيع عليهم فقال ابن الرفعة: قال الإمام: يضربها الإمام على من يرى منهم باجتهاده، فإن استووا فى نظره، تخير[٣].

والثانى: يجب عليهم ذلك، ويكون فرضا لهم عليه، وهو المنصوص؛ لأنه نفقة لإحيائه؛ فلم يجب إلا بعوض، كالمضطر إلى الطعام. وهذا ما قال به الأكثرون وعلى هذا فإنه يقال للملتقط: أتقرضه أنت؟ فإن قال: نعم، جاز أن يقترض منه. فإن قبض الحاكم منه المال، ثم دفعه إليه، أو إلى أمين لينفقه عليه - جاز. وإن أمره الحاكم أن ينفق عليه قرضا عليه، فهل يصح؟ قال العمرانى: فيه طريقان؛ كما قلنا فيه إذا أمره أن ينفق من مال اللقيط بيده. وإن لم يجد مع الملتقط ما يقرضه، اقترض له من غيره من المسلمين. فإن لم يقرضوه، قال الشافعى - رحمه الله -: «أحصى

(١) تقدم.
(٢) ينظر: الكفاية خ.
(٣) ينظر: الكفاية خ.

الحاكم أهل البلد، وأحصى نفسه معهم، وقسط نفقته عليهم بالحصص». ثم ينظر: فإن حصل فى بيت المال شىء قبل بلوغ اللقيط أو قبل يساره، قضى عنه ذلك من بيت المال؛ لأنه لو كان فى بيت المال شىء، كانت نفقته منه؛ فوجب قضاء ما اقترض عليه منه. ولو بان رق اللقيط أو غناه، رجع على سيده أو فى ماله، وكذا لو اكتسب قبل حصول شىء فى بيت المال، قضى ما أقرض له من كسبه، ولو حصل لبيت المال واللقيط مال دفعة واحدة، قضى من مال اللقيط[1].

هذا ترتيب أبى إسحاق المروزى، والشيخ أبى حامد، والقاضى أبى الطيب وابن الصباغ، والمصنف فى التنبيه. ووراء ذلك طريقان:

أحدهما - وهو الذى ذكره المصنف هاهنا، وذكره صاحب الحاوى، فقال - إذا التقط المنبوذ فقيرا لا مال له، ولم يتطوع أحد بالنفقة عليه - وجب على الإمام الأعظم أو من ينوب عنه من وال وحاكم أن يقوم بنفقته؛ لأنها نفس يجب حراستها، ويحرم إضاعتها، ومن أين ينفق الإمام عليه؟ فيه قولان:

أحدهما - وهو الأصح - من بيت المال؛ لأنه رصد للمصالح، وهذا منها، وقد روى عن عمر بن الخطاب - رضوان الله عليه - أنه قال: «لئن أصاب الناس سنة لأنفقن عليهم من مال الله حتى لا أجد درهما، فإذا لم أجد درهما، ألزمت كل رجل رجلا»، وقد استشار عمر - رضى الله عنه - الصحابة - رضى الله عنهم - فى النفقة على اللقيط، فقالوا: من بيت المال. فعلى هذا القول: لا رجوع بما أنفق عليه من بيت المال على اختلاف ما يظهر من أحوال؛ لوجوبها فيه.

والقول الثانى: أنها لا تجب فى بيت المال؛ لأنه قد يجوز أن يكون عبدا، فتجب على سيده، أو حرا له أب غنى؛ فتجب على أبيه، وبيت المال لا يلزم فيه إلا ما لا وجه له سواه.

فعلى هذا: يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه: إما من بيت المال أو من أحد من المسلمين، فإن لم يكن فى بيت المال مال، ولم ينفرد أحد من المسلمين به - وجب عليه أن يحصى نفسه ومن حضره من ذوى المكنة، ويجعلها مقسطة عليهم على عددهم جبرا، ولا يخص بالإجبار عليها واحدا.

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

قال الشافعى: فإن لم يفعل، حرم تضييعه على من عرفه حتى يُقَام بكفالته؛ لأن ذلك من فروض الكفايات، ثم ينظر: فإن بان عبدا رجع بها على سيده، وإن بان له أب غنى أخذها من أبيه، فإن بلغ ولا أب له ولا سيد: فإن علمه مكتسبا رجع عليه فى كسبه، وإن كان غير مكتسب فهو من جملة أهل الصدقات، فيقضى ذلك عنه من أى المالين يراه فيها: من سهم الفقراء أو المساكين، أو من سهم الغارمين، والله أعلم[١]. انتهى كلام صاحب الحاوى.

والطريق الثانى - حكاه القاضى الحسين - أن نفقته عند عدم ماله فى محلها قولان:

أحدهما: فى بيت المال، فإن لم يكن فيستدين الحاكم عليه، وينفق منه، ثم لو ظهر فى بيت المال مال، قضى ذلك منه. وإن لم يظهر حتى بلغ، تثبت فى ذمته.

والثانى: يجب على الناس كافة، والإمام يحسب مياسير البلد، ويضرب على جماعة منهم.

فعلى هذا: إذا بلغ اللقيط، قال الصيدلانى: ليس لهم الرجوع عليه، ومن أصحابنا من قال: لهم الرجوع؛ كما فى المضطر[٢].

فرع: هذا حكم نفقة اللقيط المحكوم بإسلامه، وقال ابن الرفعة: إن ظاهر كلام الشيخ فى التنبيه قد يفهم: أنه لا فرق بين اللقيط المحكوم بإسلامه أو بكفره فى الإنفاق عليه من بيت المال، وهو وجه حكاه الأصحاب؛ فإنه لا وجه لتضييعه، وفيه نظر للمسلمين: فإذا بلغ أعطى الجزية. والصحيح: أن ما ذكر هو فى اللقيط المحكوم بإسلامه، ويدل عليه أنه قال: يقسط على المسلمين، فلو كان المراد: الذمى والمسلم، لما اختص المسلمون بذلك.

وقد جزم فى الحاوى بأن المحكوم بكفره لا ينفق عليه من بيت المال؛ لأن مال بيت المال مصون لمصالح المسلمين دون المشركين.

ثم إن تطوع أحد من المسلمين أو من أهل الذمة بالنفقة عليه، وإلا يجمع الإمام أهل الذمة الذين كان المنبوذ بين أظهرهم، ويجعل نفقته مقسمة عليهم؛ ليكون دينا

---

(١) ينظر: الحاوى ٨/٣٨، ٣٩ .

(٢) ينظر: الكفاية خ .

لهم إذا ظهر أمره، فإن ظهر له سيد أو قريب موسر رجع بها عليه، وإن لم يظهر ذلك كانت دينا عليه، يرجعون بها فى كسبه، وهذا ظاهر النص كما حكاه القاضى الحسين(١).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وأما إذا التقطه عبد فإن كان بإذن السيد، وهو من أهل الالتقاط - جاز؛ لأن الملتقط هو السيد، والعبد نائب عنه.

وإن كان بغير إذنه، لم يقر فى يده؛ لأنه لا يقدر على حضانته مع خدمة السيد.

وإن علم به السيد، وأقره فى يده - كان ذلك التقاطًا من السيد، والعبد نائب عنه فيه.

(فصل) وإن التقطه كافر نظرت: فإن كان اللقيط محكومًا بإسلامه، لم يقر فى يده؛ لأن الكفالة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه.

وإن كان محكومًا بكفره أقر فى يده؛ لأنه على دينه.

وإن التقطه فاسق، لم يقر فى يده؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه وأن يسىء فى تربيته، ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية.

(فصل) وإن التقطه ظاعن يريد أن يسافر به، نظرت: فإن لم تختبر أمانته فى الباطن - لم يقر فى يده؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه إذا غاب.

وإن اختبرت أمانته فى الباطن؛ فإن كان اللقيط فى الحضر والملتقط من أهل البدو، ويريد أن يخرج به إلى البدو - منع منه؛ لأنه ينقله من العيش فى الرخاء إلى العيش فى الشقاء، ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء.

وفى الخبر: «من بدا فقد جفا».

وإن أراد أن يخرج به إلى بلدٍ آخر؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز - وهو ظاهر النص - لأن البلد كالبلد.

والثانى: لا يجوز؛ لأن البلد الذى وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه.

وإن كان الملتقط فى بدوٍ فإن كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به إلى الحضر - جاز؛ لأن الحضر أرفق به، وأنفع له.

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

وإن كان من البادية فإن كانت حلته فى مكانٍ لا ينتقل عنه أقر فى يده؛ لأن الحلة كالقرية.

وإن كان يظعن فى طلب الماء والكلأ - ففيه وجهان:

أحدهما: يقر فى يده؛ لأنه أرجى لظهور نسبه.

والثانى: لا يقر فى يده؛ لأنه يشقى بالتنقل فى البدو.

(فصل) وإن التقطه فقير؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقر فى يده؛ لأنه لا يقدر على القيام بحضانته، وفى ذلك إضرار باللقيط.

والثانى: يقر فى يده؛ لأن الله - تعالى - يقوم بكفاية الجميع.

(الشرح) قوله: وفى الخبر «من بدا فقد جفا»، أخرجه أحمد[1] وابن عدى[2] من طريق إسماعيل بن زكريا عن الحسن بن الحكم النخعى، عن عدى بن ثابت عن أبى حازم عن أبى هريرة، مرفوعًا.

وقال ابن عدى: لا أعلم يرويه غير إسماعيل بن زكريا وهو حسن الحديث يكتب حديثه.

قلت: إسماعيل احتج به الشيخان وخالفه شريك النخعى فرواه عن الحسن بن الحكم عن عدى بن ثابت عن البراء بن عازب مرفوعًا، أخرجه أحمد[3]، وشريك سيئ الحفظ؛ فالحديث ثابت من حديث أبى هريرة.

وقوله: (لا يقدر على حضانته) أى: حمله ووضعه وغسل خرقه والقيام بأمره، وأصله: من الحِضْن، وهو: ما دون الإبط إلى الكشح؛ لأن الحاضنة تجعل الطفل هنالك.

قوله: (إن التقطه ظاعن)[4] أى: مسافر، والظعن: السفر، قال الله - سبحانه -: ﴿يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ﴾ [النحل: ٨٠] يقرأ بإسكان العين وفتحها[5].

---

(١) (٢/ ٣٧١، ٤٤٠).

(٢) (١/ ٥١٨).

(٣) (٤/ ٢٩٧).

(٤) ينظر: النظم (٢/ ٨١، ٨٢).

(٥) قرأ أبو جعفر ونافع وابن كثير وأبو عمرو ويعقوب بفتح العين، وقرأ ابن عامر وعاصم وحمزة والكسائى وخلف بإسكان العين. ينظر: المبسوط فى القراءات العشر (٢٦٥).

وقوله: (من طيب المنشأ إلى موضع الجفاء) المنشأ - بالهمز مقصور، وهو: موضع النشوء، وزمان الحداثة والصغر، يقال: نشأت في بني فلان نشأ ونشوءًا: إذا شببت فيهم؛ مأخوذ من أنشأه الله، أي: ابتدأ خلقه، قال الله - تعالى -: ﴿أَوَمَن يُنَشَّؤُا فِي ٱلْحِلْيَةِ﴾ [الزخرف: ١٨] قرئ بفتح الياء وضمها(١).

قوله: (من بدا فقد جفا) أي: من نزل البادية صار فيه جفاء الأعراب. والجفاء - ممدودًا - ضد البر، يقال: جفوت الرجل أجفوه؛ فهو مجفو، ولا يقال: جفيت.

والحلة، والمحلة: منزل القوم وحيث يحلون.

الأحكام: إذا التقط اللقيط عبد نظرت: فإن كان بإذن سيده فالسيد هو الملتقط؛ لأن يد العبد يد له، وهو المستحق لكفالته. وإن كان بغير إذن سيده لم يجز(٢)، وانتزع منه؛ لانشغال العبد بخدمة السيد، ولأنه ليس من أهل الأمانة؛ وبهذا خالف التقاط المنبوذ اللقطة: حيث تصح من العبد على أحد القولين؛ لأن اللقطة كسب، وهذه ولاية.

فلو أخذه السيد من عبده، وقد التقطه بغير إذن - فإن كان بعد رفعه إلى الحاكم فهو أولى؛ لأن يد العبد لما لم تكن مقرة، لم يكن لها حكم، وصار كأن السيد هو الملتقط له(٣).

أما إذا أذن السيد لعبده في التقاطه، جاز، وكان السيد هو الملتقط، وهو نائبه في الأخذ والتربية(٤).

فرع: وإذا التقط اللقيط مدبر فحكمه حكم العبد، وإن التقطه مكاتب فالمشهور أنه: إذا التقطه بغير إذن سيده لم يقر في يده. وفي الحاوي: إن عللنا المنع في العبد؛ لكونه ليس بأهل الولاية، فكذلك هاهنا. وإن عللناه بكونه مشتغلا بخدمة السيد، فالمكاتب مستحق للكفالة؛ لأنه أملك من السيد بمنافع نفسه.

---

(١) قال الفراء: قرأ يحيى بن وثاب، وأصحاب عبد الله، والحسن البصري بضم الياء، وقرأ عاصم وأهل الحجاز بفتحها. ينظر: معاني القرآن (٣/ ٢١)، وينظر: المبسوط في القراءات العشر (٣٩٧).

(٢) ينظر: الحاوي ٨/ ٤٢.

(٣) ينظر: الحاوي ٨/ ٤٢.

(٤) ينظر: الكفاية خ.

ثم على المشهور: لو كان الالتقاط بإذن سيده على أن يكون هو كافله، خرج على تبرعاته بإذن السيد، وإن أذن له فى أن يلتقطه للسيد جاز. قال الرافعى: ويشبه أن يكون على الوجهين فى التوكيل فى الاصطياد(١).

فصل: وإن التقطه كافر: فإن كان اللقيط محكوما بإسلامه، لم نقره فى يده؛ لأن القيام بأمر اللقيط ولاية، والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم؛ لقوله تعالى -: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، ولأنه ربما فتنه عن دينه، ولأنه غير مأمون عليه فى يده من أن يسترقه، وغير مأمون عليه فى ماله أن يتلفه؛ لأن عداوة الدين تبعث على ذلك كله(٢).

وإن كان اللقيط محكوما بكفره، أقر فى يده؛ لأن الكافر يلى على من هو من أهل دينه؛ إذ إنه أهل للحضانة؛ بدليل ولده.

وإن التقطه فاسق، لم يقر فى يده؛ لأن القيام بأمر اللقيط ولاية، والفاسق ليس من أهل الولاية، ولأنه لا يؤمن أن يسترقه.

فصل: إن أخذ اللقيط ظاعن لم تختبر أمانته، لم يقر فى يده؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه فى غيبته. وهذا بخلاف ما لو أخذه من لم تختبر أمانته وكان مقيما، فإنا لا ننزعه من يده؛ لأن الظاهر الأمانة، لكن يوكل به الإمام من يراقبه من حيث لا يدرى؛ كى لا يتأذى، فإذا وثق به صار كمعلوم الأمانة. وإن اختبرت أمانته نظر: فإن كان ظاعنا إلى البادية واللقيط فى الحضر لم يقر فى يده؛ لأنه ينقله من العيش فى الرخاء إلى العيش فى الشقاء. ولأن البلد أرفق باللقيط وأحفظ له؛ لوجود من يعلمه ويؤدبه فى الحضر، ولا يوجد ذلك فى البادية فلا يفوت عليه ذلك، ولأنه أرجى لظهور نسبه، وأبعد من استرقاقه(٣):

أما كونه أرجى لظهور نسبه؛ فلأن تركه فى الموضع الذى وجده فيه أرجى لظهور نسبه من الموضع الذى ينقله إليه.

وأما كونه أبعد من استرقاقه؛ فلأن تركه فى الحضر أظهر لحريته؛ لأنه إذا أقام به فى المصر علم الناس به، وإذا خرج به إلى البادية لا يؤمن أن يسترقه الملتقط، أو

---

(١) ينظر: الكفاية خ.
(٢) ينظر: الكفاية خ.
(٣) ينظر: الكفاية خ.

يموت فيسترقه وارثه.

فعلى العلة الأولى: لو نقله إلى موضع قريب من البلد يسهل تحصيل ما يراد منها - أقر فى يده، وهو المنصوص، وبه أجاب المعظم.

وعلى العلة الثانية والثالثة، ينزع.

وإن كان ظاعنا إلى بلد آخر، والطريق آمن، وبينهما أكثر من يوم وليلة ودون مسافة القصر، بحيث تكون أخباره متصلة، والورود منه كثير - ففيه وجهان:

أحدهما: يقر فى يده؛ لتساوى البلدين، وهو ظاهر النص، كما قاله المصنف، واختاره فى المرشد.

والثانى: لا يقر؛ لأن مقامه فى البلد الذى وجد فيه أرجى لظهور نسبه، وأبعد من استرقاقه، وهذا هو المذهب فى تعليق القاضى الحسين.

أما إذا كان الطريق مخوفا أو كانت بينهما مسافة شاسعة؛ بأن تصير أخباره منقطعة، والطارئ إليه أو منه نادر: كمن بالعراق إذا أراد نقله الى المشرق أو المغرب - فلا يقر فى يده وجها واحدا وإن كان بينهما أقل من يوم وليلة، أقر وجها واحدا. كما قاله الماوردى.

ويجىء فيما ذكرناه من قبل وجه: أنه يمنع؛ مراعاة لحفظ النسب.

وعلى قول الجواز: لو كان المنقول إليه قرية، والمنقول عنه بلد، فهل يجوز؟ فيه وجهان فى الحاوى. قال المتولى: ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يريد سفر نقلة أو تجارة أو زيارة.

وإن كان اللقيط فى البادية، وأخذه حضرى يريد حمله إلى الحضر - جاز؛ لأنه أرفق باللقيط. وحكى عن القاضى الحسين وجه: أنه لا يجوز؛ نظرا للنسب وإن كان بدويا: فإن كان له موضع راتب، أقر فى يده؛ لأن الحلة كالقرية، وإن كان ينتقل من موضع إلى موضع؛ لطلب الماء والكلأ - فقد قيل: يقر فى يده؛ لأنه أرجى لظهور نسبه، وهذا ما اختاره فى المرشد، وقيل: لا يقر؛ لأن اللقيط يشقى بالتنقل، وفيه تضييع لنسبه[1].

وإذا ثبت هذا: فإن الشافعى قال: «ولو أراد الذى التقطه الظعن به: فإن كان يؤمن

(١) ينظر: الكفاية خ.

أن يسترقه، فذلك له، وإلا منعه».

قال صاحب البيان: قال أصحابنا: أراد بهذا: أن الرجل إذا التقط لقيطا، وثبتت ولايته عليه بكونه أمينا، ثم أراد بعد ذلك أن يظعن من ذلك البلد، وينتقل إلى بلد آخر، أو قرية أخرى، وينقل اللقيط معه -: فإن كان يؤمن أن يسترقه، بأن يكون قد عرفت أمانته، وخبر فى الظاهر والباطن - فله أن ينقله معه؛ لأنه قد ثبت له حق الولاية والتربية؛ فكان أولى من غيره؛ لثبوت يده عليه وولايته. وإن لم يؤمن أن يسترقه، مثل أن لم تختبر أمانته فى الظاهر والباطن - لم يقر فى يده؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه.

فإن قيل: هذا مناقضة على قول الشافعى؛ لأن اللقيط لا يقر إلا فى يد أمين، فكيف قال هاهنا: إذا أراد أن يظعن به - إن كان يؤمن أن يسترقه - ترك، وإلا منع؟

فالجواب: أن الملتقط إذا لم يكن فاسقا، وهو أمين فى الظاهر دون الباطن؛ بأن يكون غريبا دخل البلد، ولم تختبر أمانته فى الباطن - فإن اللقيط يقر بيده؛ لأنه عدل فى الظاهر، لكن لا يمكن من الانتقال به وإن أقر بيده فى البلد. وأما الأمين الذى عرفت أمانته فى الظاهر والباطن؛ بأن كان قد نشأ فى البلد، وعرفت أمانته ظاهرا وباطنا - فهذا يقر اللقيط بيده، ويمكن من الانتقال به بعد ثبوت ولايته عليه.

هذا ما ذكره صاحب البيان عن الأصحاب فى تأويل عبارة الشافعى، أما الماوردى فقال: إذا التقطه مقيم، ثم أراد السفر بعد حصوله فى كفالته وإقراره فى يده - جاز أن يسافر به بأربعة شروط:

أحدها: أن يكون قد اشتد بدنه بحيث يقوى على السير؛ فإن كان طفلا لا يحتمل السير؛ لم يجز.

والثانى: أن يكون السفر مأمونا لا يخاف عليه من غلبة مسترق؛ فإن خيف ذلك عليه لم يجز.

والثالث: أن يكون المسافر مأمونا عليه، فلا يسترقه، ولا يسىء إليه؛ فإن خيف ذلك لم يجز.

والرابع: أن يكون بنية العود إلى بلده؛ فإن لم يرد العود وسافر منتقلا، ففى تمكينه منه وجهان:

أحدهما: أنه ممكن؛ لأنه قد صار فى استحقاق كفالته كالأب الذى يجوز له أن

يأخذه من الأم في سفر نقلته.

والوجه الثاني: لا يجوز؛ لما في نقله من إضاعة ما كنا نرجوه من ظهور نسبه[1].

فصل: وإن التقطه معسر، ففيه وجهان:

أحدهما: قال عامة أصحابنا: يقر في يده؛ لأن نفقته لا تجب على الملتقط، ولأن حضانة اللقيط ولاية، والمعسر من أهل الولاية.

والثاني: قال أبو إسحاق: لا يقر بيده؛ لأنه قد يريد التبرع بالإنفاق عليه، فلا يمكنه ذلك مع الإعسار.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن تنازع في كفالته نفسان من أهل الكفالة قبل أن يأخذاه - أخذه السلطان، وجعله في يد من يرى منهما أو من غيرهما؛ لأنه لا حق لهما قبل الأخذ ولا مزية لهما على غيرهما؛ فكان الأمر فيه إلى السلطان.

وإن التقطاه وتشاحا - أقرع بينهما، فمن خرجت عليه القرعة - أقر في يده.

وقال أبو علي بن خيران: لا يقرع بينهما، بل يجتهد الحاكم فيقره في يد من هو أحظ له.

والمنصوص هو الأول؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤]، ولأنه لا يمكن أن يجعل في أيديهما؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهايأةً؛ لأنه تختلف عليه الأخلاق، والأغذية فيستضر.

ولا يمكن أن يقدم أحدهما؛ لأنهما متساويان في سبب الاستحقاق.

ولا يمكن أن يسلم إلى غيرهما؛ لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط؛ فلا يجوز إخراجه عنهما فأقرع بينهما؛ كما لو أراد أن يسافر بإحدى نسائه.

وإن ترك أحدهما حقه من الحضانة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يدفع إلى السلطان، فيقره في يد من يرى؛ لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ.

فأما إقرار اللقيط في يد غيره، فليس ذلك إليه؛ ولهذا لو انفرد بالالتقاط، لم

---

(١) ينظر: الحاوي (٨/ ٤٧).

يملك أن ينقله إلى غيره.

والثانى: - وهو المذهب -: أنه يقر فى يد الآخر من غير إذن السلطان؛ لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفتقر إلى إذن السلطان.

ولهذا لو انفراد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت لهم الحضانة من غير إذن، فإذا اجتمعا وتركا أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين.

(الشرح) قوله: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ﴾ [آل عمران: ٤٤] قيل: هى أقلام الكتابة كانوا يكتبون بها التوراة فاقترعوا بها. وقيل: هى قِداح كانوا يستهمون بها. وسمى القدح قلمًا؛ لأنه يبرى كما يبرى القلم ويقطع كما يقطع، وذلك أنهم لما اختلفوا فى كفالة مريم قال بعضهم: ألقوا أقلامنا فى هذا النهر فمن رسب قلمه فهو أحق بها، ومن طفا قلمه فليس له حق. فرسب قلم زكريا - عليه السلام - وذلك لأنه أمر خارق للعادة، ومِنْ طَبْعِ القلم أن يطفو(١).

الأحكام: إذا وجد اثنان لقيطا، وتنازعا فى حضانته، وهما من أهل الحضانة؛ لاستوائهما فى الإسلام والحرية والأمانة:

فإن كان ذلك قبل أن يأخذاه، أخذه الحاكم، وأقره فى يد من يرى منهما، أو من غيرهما؛ لأنه لا حق لهما قبل أن يأخذاه.

وإن التقطاه وتشاحا فى حضانته، أقرع الحاكم بينهما، فمن خرجت له القرعة، كان أحق به.

وقال أبو على بن خيران: يقره الحاكم بيد من يرى منهما من غير قرعة.

فإن تساويا فى نظره فلا سبيل إلى التوقف. ونسب فى الوسيط هذا الوجه لابن أبى هريرة، ولعلهما قالاه(٢).

قال الماوردى: ولهذا القول وجه وإن خالف نص الشافعى، غير أن تساويهما يمنع من تغليب أحدهما إلا بالقرعة؛ كالبينتين إذا تعارضتا.

والمذهب الأول؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ

---

(١) ينظر: عمدة الحفاظ (٣/ ٣٩٥)، النظم (٢/ ٨٢)، تفسير الطبرى (٣/ ٢٦٧)، ومعانى القرآن وإعرابه (١/ ٤١٠، ٤١١)، وتفسير غريب القرآن لابن قتيبة (١٠٥)، ولليزيدى (١٠٥).

(٢) ينظر: الكفاية خ.

يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤]، ولأنه لا يمكن أن يجعل فى أيديهما؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما على حضانته، ولا يمكن أن يجعل بينهما، فيكون عند أحدهما زمانا، وعند الآخر مثله؛ لأن فى ذلك إضرارا باللقيط؛ لأن الأغذية تختلف عليه، ويستوحش بمفارقة من أنس إليه. ولا يمكن أن يقدم أحدهما على الآخر؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. فإذا بطلت هذه الأقسام لم يبق إلا أن يقرع بينهما.

قال ابن الرفعة: ولا يخير الصبى بينهما وإن كان ابن سبع فأكثر، كما يفعل بين الأبوين؛ لأن التعويل تم على المثل الناشئ من الولادة، وقال الإمام: يجوز أن يقال: يخير، ويجعل اختياره أولى من القرعة. ثم إنه صور المسألة فى طفل التقطاه صغيرا، ولم يتفق انفصال الخصومة إلا بعد بلوغ الصبى سن التمييز، وهذا أحوجه إليه تردده فى جواز التقاط المميز، وكلام القاضى الحسين وغيره مطلق، وأيضا: فإن بقاء اللقيط فى يديهما هذه المدة مستبعد[١].

قال الماوردى فيما إذ أقرعنا بينهما: إنه يتعين حق من قرع منهما فى كفالته، فإن أراد رفع يده عنه، كان له، ولم يجبر على إمساكه، ويتسلمه الحاكم منه، وهل يصير شريكه أولى بكفالته من غيره أم لا؟على وجهين:

أحدهما: هو أولى به من غيره؛ لاختصاصه بالتقاطه وإن تقدم الآخر بالقرعة.

والوجه الثانى: أنه قد بطلت كفالته لما قرعه صاحبه، وصار غيره سواء؛ فيجتهد الحاكم فيه رأيه[٢].

إذ ثبت هذا: فقد قال الشافعى فى «الأم»: «ولا فرق بين أن يكونا رجلين أو امرأتين، أو رجلا وامرأة؛ لأنهما من أهل الحضانة والتربية».

فإن قيل: أليس لو افترق الزوجان، ولهما ولد له دون سبع سنين - فإن الأم أولى بحضانة الولد؟! فهلا قلتم: إن المرأة هاهنا أولى بالحضانة؟

قلنا: الفرق بينهما: أن الولد هناك خلق من ماء الزوجين، وللأم مزية بحمله ورضاعه، وشفقتها عليه أكثر؛ فلذلك قدمت على الأب. وهاهنا إنما ثبت لهما الحق بالالتقاط، وهما متساويان فيه؛ فلم يقدم أحدهما على الآخر، ولأنا إذا جعلنا

---

(١) ينظر: الكفاية خ .
(٢) ينظر: الحاوى (٨/ ٣٩، ٤٠) .

الحضانة للأم، فإن حق الأب لا ينقطع منه؛ لأن التأديب والتعليم إليه، وذلك جمع بين الحقين، وليس كذلك هاهنا؛ فإنا إذا جعلنا الحضانة للمرأة، انقطع حق الرجل عنه.

فرع: فإن التقطه اثنان، وترك أحدهما حقه من الحضانة للآخر - فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يسلمه قبل استقرار يده عليه، فهذا يجوز؛ لأن المسلم له بمثابة من رآه ولم يلتقطه، ويصير المتسلّم أولى، وكأنه التقطه وحده.

والضرب الثانى: أن تستقر أيديهما جميعا عليه حتى يصير اللقيط معهما، ثم يتسلمه أحدهما - ففيه وجهان[1]:

أحدهما: ليس له ذلك؛ بل يرفع الأمر الى الحاكم ليقره فى يد الآخر؛ لأن الملتقط إنما يملك الحضانة ولا يملك نقل الولاية إلى غيره؛ كما لو كان هو الواجد له وحده، لم يكن له تسليمه إلى غيره حتى يتولى الحاكم ذلك.

والثانى: يقر فى يد الآخر من غير إذن الحاكم، وهو المذهب؛ لأن الحق لهما، فإذا ترك أحدهما حقه ثبت الجميع للآخر؛ كما لو ثبتت لهما الشفعة فعفا أحدهما عن حقه. وليس ذلك بنقل ولاية وإنما ترك حق.

قال ابن الرفعة: ومنه - أى من هذا الخلاف فى الوجهين - يؤخذ أنه إذا كان منفردا بالالتقاط: أن له أن يترك حقه، ويسلمه إلى الحاكم وإن لم يكن له عذر، فلا يلزم بحفظه؛ كما صرح به الماوردى وغيره، بخلاف الوديعة على أحد الوجهين، وعن ابن كج وغيره حكاية الوجهين هنا أيضا؛ بناء على أن الشروع فى فروض الكفايات: هل يلزم الإتمام؟ وهل يصير الشارع معينا له؟ لكن الذى رأى ابن كج ترجيحة الأول.

ومن قال باللزوم، قال: إذا ترك أحد الملتقطين حقه لا يتركه الحاكم؛ بل يقرع بينه وبين صاحبه: فإن خرجت القرعة عليه ألزمه القيام بحضانته، كذا صرح به الإمام[2].

فرع: وإن تنازعا حضانته وأحدهما من أهل الحضانة، والآخر ليس من أهل

---

(١) ينظر: الحاوى ٨/ ٤٠ .
(٢) ينظر: الكفاية خ .

الحضانة - أقر في يد من هو من أهل الحضانة؛ لأنه لا حق للآخر في حضانته.

قال ابن الرفعة: وإن التقطه رجلان من أهل الحضانة، وأحدهما موسر، والآخر معسر - فالموسر أولى؛ لأنه أرفق بالطفل، فإنه ربما يوسع عليه، والفقير قد يشتغل بطلب القوت عن الحضانة. وقيل: هما سواء. والأول أصح، وبه قال أبو إسحاق. فعلى هذا: لو تفاوتا في الغنى، فهل يقدم أكثرهما مالا؟ فيه وجهان في النهاية. وإن كان أحدهما مقيما، والآخر ظاعنا - فالمقيم أولى؛ لأنه أرفق بالطفل، وأحوط لنسبه. وفي تعليق القاضي الحسين: أنه ينظر: إن كان الظاعن له موضع راتب في البادية، فهو أولى، وإلا فإن قلنا: له حق الكفالة، كانا سواء. ولو كان أحدهما ظاهر العدالة بالاختيار، والأول مستورها - قدم الأول عند الشيخ أبي محمد وغيره. وقيل: هما سواء. ولو كان أحدهما كامل الحرية، والآخر منتقصها، وقلنا: له حق الكفالة - فالحر أولى، قاله الماوردي. وإن كان أحدهما مسلما، والآخر كافرا، واللقيط كافر - فهما سواء. وقيل: المسلم أولى. وهذا خرجه الماوردي من مذهب ابن خيران، وفي بعض الشروح تقديم الكافر؛ لأنه على دينه[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

فصل: فأما إذا اختلفا في الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بينة، فإن لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان في يد من يرى منهما أو من غيرهما؛ لأنه لا حق لهما، وإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد تشهد له، وإن كان في يدهما تحالفا. فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب، وعلى قول أبي علي بن خيران يقره الحاكم في يد من هو أحظ له، فإن كان لأحدهما بينة قضى له لأن البينة أقوى من اليد والدعوى.

وإن كان لكل واحدٍ منهما بينة: فإن كانت بينة أحدهما أقدم تاريخًا قضى له؛ لأنه قد ثبت له السبق إلى الالتقاط.

وإن لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخًا، فقد تعارضت البينتان.

ففي أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة؛ وقد بيناه.

وفي القول الثاني: تستعملان، وفي الاستعمال ثلاثة أقوالٍ:

(١) ينظر: الكفاية خ .

أحدهما: القسمة.

والثانى: القرعة.

والثالث: الوقف، ولا يجىء ههنا إلا القرعة؛ لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما، ولا يمكن الوقف؛ لأن فيه إضرار باللقيط، فوجبت القرعة.

(الشرح) وقوله: (الوقف)[1] معناه: التوقف والانتظار إلى أن يصطلحا عليه، أو يقوم للحاكم دليل.

الأحكام: إذا تداعى رجلان من أهل الحضانة لقيطا، فقال كل واحد منهما: أنا التقطته؛ فلى حق حضانته - فإن لم يكن لأحدهما عليه يد، فإن الحاكم يأخذه، ويقره فى يد من يرى منهما، أو من غيرهما؛ لأنه لا يد لأحدهما عليه. وإن كان فى يد أحدهما، كان صاحب اليد أحق به؛ لأن له يدا تدل على الالتقاط. فإن قال الآخر: أنا التقطته أولا، وإنما غصبه الآخر منى - فالقول قول صاحب اليد مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الغصب. وإن كان فى يديهما: قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: أقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. ولأن الكفالة لا تتبعض، ولا يمكن المهايأة فيها؛ لما ذكرناه؛ فتعينت القرعة، وهذا ما حكاه القاضى أبو الطيب، وقال ابن الرفعة: ويجىء فيه وجه ابن خيران: أن الحاكم يقدم أحدهما بالاجتهاد. والذى قاله المصنف وصاحب المرشد: أنهما يتحالفان؛ فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب، وعلى قول أبى على بن خيران: يقره الحاكم فى يد من هو أحوط له. قال ابن الرفعة: والظاهر: أن المراد من التحالف هنا، الحلف من كل منهما كما هو مذكور فى باب التحالف، وحيئذ يكون موافقًا لما ذكرناه أولًا، وقد أشار إلى ذلك ابن الصباغ فى أثناء الفصل[2].

ورجح صاحب البيان ما ذهب إليه المصنف من القول بالتحالف، وقال: وهذا أولى؛ لأن كل واحد منهما يدعى أنه هو الملتقط أولا، وأن الآخر أدخل يده معه، فتحالفا كالمختلفين فى الملك.

وإن كان لأحدهما بينة دون الآخر، قضى لصاحب البينة؛ لأن البينة أقوى من الدعوى. وإن كان مع كل واحد منهما بينة: فإن كانت البينتان مؤرختين تأريخا

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٨٣).

(٢) ينظر: الكفاية خ.

واحدا، أو مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة - تعارضتا، وفيهما قولان:

أحدهما: تسقطان؛ فيكون الحكم كما لو لم يكن مع أحدهما بينة؛ لعدم المرجح.

والثانى: يستعملان. وفى الاستعمال ثلاثة أقوال:

أحدها: يقسم بينهما.

والثانى: يوقف الأمر حتى ينكشف.

والثالث: يقرع بينهما.

ولا تجىء هاهنا القسمة؛ لعدم إمكانها، ولا الوقف؛ لأن ذلك يضر باللقيط. ولكن يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة قدم. وهل يحلف من خرجت له القرعة؟ فيه قولان يأتى بيانهما إن شاء الله تعالى.

وإن كانتا مؤرختين، وتأريخ إحداهما أسبق من الأخرى - قدمت السابقة بالتأريخ؛ لأنه ثبت أنه سابق. ويفارق إذا ادعيا ملك عين، وأقام كل واحد منهما بينة، وتاريخ إحداهما أسبق - فإنهما سواء فى أحد القولين؛ لأن الملك قد ينتقل عن الأسبق إلى الأحدث، والملتقط إذا ثبتت يده على اللقيط، لم ينتزعه من يده إلا الحاكم - إذا تغير حاله - ويقره فى يد آخر، وذلك ليس بالتقاط.

قال الشيخ أبو الفرج: وهذا إذا قلنا: إن من التقط لقيطا، ثم نبذه، لم يسقط حقه، فإن أسقطتاه، فهو على القولين فى الأموال[1].

إذا ثبت هذا: فإن البينة التى تقبل فى الالتقاط عند التداعى إنما هى شاهدان. فأما الشاهد والمرأتان، أو الشاهد واليمين، أو النساء منفردات - فإنها لا تقبل؛ لأن ذلك ليس بمال، ولا المقصود منه المال، وهو مما يطلع عليه الرجال؛ فلم يقبل فيه إلا الشاهدان؛ كالوصية إليه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ادعى حر مسلم نسبه، لحق به وتبعه فى الإسلام؛ لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحدٍ فقبل، كما لو أقر له بمالٍ، وله أن يأخذه من الملتقط؛ لأن

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط.

وإن كان الذى أقر بالنسب هو الملتقط - فالمستحب أن يقال له: من أين صار ابنك؟ لأنه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار أبًا له.

وإن ادعى نسبه عبد، لحق به؛ لأن العبد كالحر فى السبب الذى يلحق به النسب، ولا يدفع إليه؛ لأنه لا يقدر على حضانته؛ لاشتغاله بخدمة مولاه.

وإن ادعى نسبه كافر - لحق به؛ لأن الكافر كالمسلم فى سبب النسب.

وهل يصير اللقيط كافرًا؟ قال فى «اللقيط»: أحببت أن أجعله مسلمًا، وقال فى «الدعوى والبينات»: أجعله مسلمًا، فمن أصحابنا من قال: إن أقام البينة حكم بكفره قولًا واحدًا، وإن لم تقم البينة - ففيه قولان:

أحدهما: يحكم بكفره؛ لأنا لما حكمنا ثبوت نسبه، فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه.

والقول الثانى: يحكم بإسلامه؛ لأنه محكوم بإسلامه بالدار، فلا يحكم بكفره بقول كافرٍ.

وقال أبو إسحاق: الذى قال فى اللقيط: أراد به إذا ادعاه، وأقام البينة عليه؛ لأنه قد ثبت بالبينة أنه ولد على فراش كافرٍ.

والذى قال فى الدعوى والبينات: أراد إذا ادعاه من غير بينةٍ؛ لأنه محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يصير كافرًا بدعوى الكافر.

وهذا الطريق هو الصحيح؛ لأنه نص عليه فى «الإملاء» وإذا قلنا: إنه يتبع الأب فى الكفر فالمستحب أن يسلم إلى مسلم إلى أن يبلغ؛ احتياطًا للإسلام.

فإن بلغ ووصف الكفر أقررناه على كفره، وإن وصف الإسلام حكمنا بإسلامه من وقته.

(الشرح) الأحكام: إن ادّعى حر مسلم نسب اللقيط لحقه؛ لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيره؛ فأشبه ما لو أقر له بمال، وأيضا: فإن إقامة البينة على النسب تعسر؛ فلو لم نثبته بالاستحقاق لضاع كثير من الأنساب. ويتبعه فى الإسلام؛ لأنه ابنه، ولا فرق بين أن يكون فى يد الملتقط، أو فى يد غيره وقد تنازعا فى التقاطه، ويسلم إليه؛ ليكفله، وكذلك ماله، ويعامله معاملة الأولاد فى كل شيء؛ كما صرح

به البندنيجى[١].

إذا ثبت هذا: فقد قال الشافعى: «ودعوة المسلم والعبد والذمى سواء. غير أن الذمى إذا ادعاه، ووجده فى دار الإسلام، فألحقته به - أحببت أن أجعله مسلما».

وجملة ذلك: أن الحر المسلم إذا ادعى نسب لقيط، فقد بينا أنه يقبل، ويثبت نسبه منه؛ لما ذكرناه، ويلحقه فى الإسلام؛ لأنه صار ابنا له. وأما العبد إذا ادعى بنوة لقيط، فقد نص الشافعى هاهنا: أنه يقبل، ونص فى موضع آخر: أنه لا يقبل واختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: تقبل دعوته، ويثبت النسب منه؛ لأن العبد كالحر فى جهات استحقاق النسب من الوطء بالنكاح وبالشبهة، فكان كالحر فى دعوة النسب.

ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: تقبل دعوته، ويثبت النسب منه؛ لما ذكرناه.

والثانى: لا تقبل دعوته؛ لأن فى ذلك إبطال حق السيد من الولاء عليه؛ لأنه قد يعتقه ويموت؛ فيكون ميراثه لابنه.

ومنهم من قال: لا تقبل دعوته قولا واحدا؛ لما ذكرناه.

والطريق الأول هو نقل البغداديين من أصحابنا، وهو المشهور.

فعلى هذا: لا يسلم اللقيط إلى أبيه؛ لأنه مشغول بخدمة سيده، ولا تجب عليه نفقته؛ لأنه مملوك، ولا تجب على سيده؛ لأن الولد حر؛ فلم تجب على مولى العبد نفقته.

وقال الماوردى: فإذا ادعى العبد لقيطا ولدا: فإن صدقه سيده فى ادعائه، لحق به، وإن كذبه فيه، ففى قبول دعواه وإلحاق نسبه به وجهان:

أحدهما: لا يقبل، كما لا يقبل إقراره بأب؛ لما فيه من إزاحته عن الميراث بالولاء لمن أعتقه.

والوجه الثانى: يقبل منه؛ لأنه قد أدخله تحت ولايته، بخلاف الأب.

وإذا لحق اللقيط بالعبد، لم يصر بذلك عبده؛ لأنه فى الرق تبع لأمه دون أبيه، ولا يسمع قول العبد: إنه من أمه؛ لأنه لا حق له فى رقه، وإنما يسمع ذلك من سيد

---

(١) ينظر: الكفاية خ.

أمة تدعيه ولدا لها؛ ليصير له بهذه الدعوى عبدا.

فإن حضر من ادعى عليه هذه الدعوى، كان على ما سنذكره فى ادعاء رقه. فلو كان العبد قد أعتق، فادعى بعد عتقه ولدا: فإن أمكنه أن يكون مولودا بعد عتقه، لحق به: صدقه السيد أو كذبه. وإن لم تكن ولادته بعد عتقه، ففى لحوقه به مع تكذيب السيد وجهان مضيا[1].

فرع: وإذا التقط رجل لقيطا، ثم قال الملتقط: هو ابنى - فإنه يلحقه نسبه، ويكون ابنا له.

وحكى عن مالك: أنه قال: «إن كان قد تعسر عليه الولد لم يثبت نسبه منه، وإن لم يتعسر عليه الولد ثبت نسبه منه».

دليلنا: أنه أقر بنسب مجهول النسب، ويمكن أن يكون منه، وليس فى إقراره إضرار بغيره، فقبل؛ كما لو أقر له بمال، أو كما لو لم يتعسر عليه الولد.

فقولنا: أقر بنسب مجهول النسب، احتراز ممن أقر بنسب معلوم النسب من غيره. وقولنا: ويمكن أن يكون منه، احتراز ممن أقر ببنوة من هو أكبر منه سنا، فإنه لا يقبل؛ لأنه يقطع بكذبه.

وقولنا: وليس فى إقراره إضرار بغيره، احتراز ممن أقر ببنوة عبد لغيره، فإنه لا يقبل؛ لأنه يضر بالمولى؛ لأنه قد يعتقه فيكون ميراثه للأب دون المولى.

إذا ثبت هذا: فإن الشافعى قال: «المستحب للحاكم أن يسأل الملتقط من أين صار ابنه؛ لئلا يكون ممن يعتقد أنه يكون ابنا له بالالتقاط والتربية. وإن لم يسأله، جاز».

وإن ادعى كافر بنوة اللقيط، قبلت دعوته، وثبت نسبه منه؛ لأنه كالمسلم فى الجهات التى يثبت منها النسب، من الوطء بالنكاح والملك والشبهة؛ فكان كالمسلم فى لحوق النسب به، ولأنه أقوى فى الفراش من العبد؛ فإنه يثبت له بالنكاح والوطء فى ملك اليمين؛ فكان استلحاقه أولى[2].

وهل يلحق به فى الدين؟ قال الشافعى هاهنا: «أحببت أن أجعله مسلما فى الصلاة عليه، وأن آمره إذا بلغ بالإسلام من غير إجبار»، فظاهر هذا: أنه يكون كافرا. وقال فى الدعوى والبينات «أجعله مسلما؛ لأنا لا نعلمه كما قال»، فظاهر

---

(١) ينظر: الحاوى (٨/٥٦، ٥٧) .
(٢) ينظر: الكفاية خ .

هذا: أنه لا يكون كافرا. واختلف أصحابنا فيها:

فقال أبو إسحاق: ليست على قولين؛ وإنما هى على اختلاف حالين:

فحيث جعله كافرا، أراد إذا ادعى نسبه وأقام على ذلك بينة؛ لأنه إذا ثبت بالبينة أنه ولد على فراش كافر، كان مولودا بين كافرين؛ فكان كافرا.

والموضع الذى جعله مسلما، أراد: إذا ادعى بنوته ولم يقم بينة، فإنه يلحقه نسبه، ولا يكون كافرا؛ لأنا حكمنا بإسلامه بظاهر الدار، فلا نحكم بكفره بقول كافر.

ومن أصحابنا من قال: إذا ادعاه وأقام البينة، حكم بكفره قولا واحدا، كما قال أبو إسحاق. وإن لم يقم البينة، ففيه قولان:

أحدهما: يحكم بكفره؛ لأن كل ما ألحقه بنسبه، ألحقه بدينه، كالبينة.

والثانى: لا يحكم بكفره؛ لأن إقراره تضمن ما ينفع اللقيط وهو: وجوب نفقته وحضانته عليه، وما يضره وهو: كونه كافرا، فقبل قوله فيما ينفع اللقيط دون ما يضره. ولأنه يجوز أن يكون ولده وهو مسلم بإسلام أمه، وإذا احتمل هذا، لم يحكم بكفر من حكم بإسلامه بظاهر الدار، بقول كافر.

قال صاحب البيان: والصحيح: طريقة أبى إسحاق، وقد نص الشافعى عليها فى «الإملاء». فكل موضع حكمنا بكفره، فإن الشافعى قال: «أحببت أن أجعله مسلما»، قال أصحابنا: أراد: أن المستحب ألا يدفع إليه؛ لئلا يفتنه عن الإسلام إن أراده، بل يترك فى يد الملتقط، ويؤخذ الكافر بنفقته وأجرة حضانته إلى أن يبلغ: فإن وصف الإسلام، حكمنا بإسلامه من الآن. وإن وصف الكفر، فهو كافر لم يزل، ودفعناه إلى أبيه.

وكل موضع حكمنا بإسلامه، فلا يجوز دفعه إلى أبيه؛ بل يقر فى يد الملتقط ويطالب أبوه بنفقته وأجرة حضانته إلى أن يبلغ: فإن وصف الإسلام، حكمنا بأنه مسلم لم يزل، وإن وصف الكفر، فهل يقر عليه؟ يأتى بيانه.

وقال الماوردى، فى ذمى ادعى لقيطا ولدا، وألحقناه به نسبا - هذا على ضربين:

أحدهما: أن يلحق به بعد ما صار مسلما، وصلى، وصام، والتزم شرائع الإسلام، فهذا يجرى عليه حكم الإسلام وإن لحق نسبه بذمى؛ لأن فعله للإسلام أقوى من اتباعه لغيره فى الكفر، وهل يصير بوصف الإسلام قبل البلوغ مسلما حتى لو رجع عنه بعد البلوغ صار مرتدا، أم لا؟ فيه ثلاثة وجوه:

أحدها: أنه لا يصير بذلك مسلما، وسواء ألحق بالذمى بمجرد الدعوى أو ببينة شهدت له بأنه ولد على فراشه.

والضرب الثانى: أن يلحق به فى صغره وطفولته وقبل صلاته وصيامه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يلحق به ببينة تشهد بأنه ولد على فراشه، فهذا تجرى عليه أحكام الكفر تبعا لأبيه.

والضرب الثانى: أن يلحق به بمجرد الدعوى من غير بينة، ففيه قولان:

أحدهما: ينقل من حكم الإسلام إلى حكم الكفر؛ لأنه صار لاحقا بكافر، فصار الظاهر غير ذلك الظاهر.

والقول الثانى - وهو اختيار المزنى - أنه يكون باقيا على حكم الإسلام، ولا ينقل عنه للحوقه بكافر؛ لأن حكم الدار أقوى من دعوى محتملة.

فعلى هذا: إن خيف عليه من افتتانه بدين أبيه، حيل بينه وبين أبيه، وأخذ بنفقته حتى يبلغ: فإن بلغ ووصف الإسلام، تحقق حكمه فيه. وإن وصف الكفر، ومال إلى دين أبيه - أرهب، وخوف؛ رجاء عوده: فإن أبى إلا المقام على الكفر، فبعدًا له! ولا يصير بذلك مرتدا، ويقر على ما اختاره لنفسه من الكفر؛ لأن فعله أقوى حكما من غالب الدار. والله أعلم.

فعلى هذا: لو كان أبوه يهوديا، فقال - وقد بلغ -: لستُ يهوديا ولا مسلما، وإنما على غير اليهودية من الملل: كالنصرانية، والمجوسية - ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل منه، ويقر عليه؛ لأن الكفر كله ملة واحدة.

والوجه الثانى: لا يقبل منه ما أراد الانتقال إليه من الكفر، ولا يعاد إلى دين أبيه، لإقراره بأنه ليس إلا على الإسلام، فإن أبى صار مرتدا[1].

فرع: إذا تداعى نسب اللقيط حر وعبد ومسلم وذمى فهم فى دعوة النسب سواء؛ لما سبق أن نقلناه عن الشافعى من قوله: «ودعوة المسلم والعبد والذمى سواء».

وقال أبو حنيفة: يقدم الحر على العبد، والمسلم على الكافر؛ استدلالًا بأن النبى ﷺ قال «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى»؛ فلم يجز أن يتكافأ المسلم والذمى فى الدعوى،

---

(١) ينظر: الحاوى (٨/ ٥٥، ٥٦).

قال: ولأنه لما أجرى على اللقيط حكم الحرية والإسلام، صار الحر والمسلم أقوى حالا من العبد والكافر؛ لاتفاقهما فى الحكم، واشتراكهما فى الصفة.

ودليلنا: قوله ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»[1]، فأثبت الولد للفراش دون الاشتراك فى الحرية والدين.

ولأن كل من سمعت دعواه إذا كان منفردا، لم يدفع عنها إذا كان منازعا: كالحرين والمسلمين.

ولأن كل دعوى لا يمنع الذمى منها مع البينة، لم يدفع الذمى عنها بغير بينة. كالمال.

فأما قوله ﷺ: «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى» فمن علوه: الانقياد لحقوق أهل الذمة، على أن علوه باليد ونفوذ الحكم، ونحن نجرى على الولد - وإن لحق به - أحكام الإسلام.

وأما قوله: إنه موافق لحال الحر والمسلم دون العبد والكافر، فهذا فاسد بتفرد العبد والكافر بادعائه، وبمسلم وكافر تنازعا لقيطا فى دار الحرب وقد أجرى عليه حكم الشرك - فإنهما فيه سواء، ولا يغلب الكافر على المسلم؛ لحكم الدار[2]؛ كذلك فى دار الإسلام لا يغلب المسلم على الكافر لحكم الدار. وسيأتى تفصيل أحكام التنازع فى نسب اللقيط فى الفصل بعد القادم من كلام المصنف.

فرع: وإذا لحق اللقيط بمدعيه عند عدم منازع من مسلم أو كافر، فبلغ، وأنكر نسبه، وادعى نسبا غيره - لم يقبل منه إلا ببينة تثبت ولادته على فراش غيره؛ لأن

---

(١) أخرجه البخارى ٤/ ٣٤٢ كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات (٢٠٥٣)، كتاب الخصومات، باب دعوة الوصى للميت (٢٤٢١)، وأخرجه أيضًا برقم (٢٢١٨، ٢٥٢٣، ٢٧٤٥، ٤٣٠٣، ٦٧٤٩، ٦٧٦٥، ٦٨١٧، ٧١٨٢)، ومسلم (٢/ ١٠٨٠ كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقى الشبهات (١٤٥٧/ ٣٦)، وأبو داود (١/ ٦٩٢) كتاب الطلاق، باب الولد للفراش (٢٢٧٣)، والنسائى ٦/ ١٨٠ كتاب الطلاق، باب إلحاق الولد بالفراش، وابن ماجه (١ - ٦٤٦ كتاب النكاح، باب الولد للفراش (٢٠٠٤)، والدارمى (٢/ ١٥٢) كتاب النكاح، باب الولد للفراش، والدارقطنى (٤/ ٢٤١) كتاب الأقضية، والأحكام (١٣٣ - ١٣٦)، ومالك فى الموطأ ٢/ ٧٣٩ كتاب الأقضية باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه وأحمد فى المسند (٦/ ٣٧، ١٢٩، ٢٠٠، ٢٢٦، ٢٣٧، ٢٤٦ - ٢٤٧) والبغوى فى شرح السنة (٥/ ١٩٨) كتاب الطلاق، باب الولد للفراش (٢٣٧١) والبيهقى فى السنن ٧/ ٤١٢ والطحاوى (٣/ ١٠٤) والقضاعى فى مسند الشهاب كما فى فتح الوهاب للغمارى (١/ ٢٥٠ (٢٠٠» من حديث عائشة. وسيأتى مفصلاً

(٢) ينظر: الحاوى ٨/ ٥٥ .

لحوق نسبه لم يراع فيه قبول الولد فيؤثر فيه إنكاره، وإنما يراعى ذلك منه فى ادعاء نسبه بعد البلوغ؛ فلذلك أثر فيه إنكاره بعد البلوغ[١].

فلو أقام آخر بينة: أنه ولده، كانت البينة أولى من الدعوى؛ فيقدم بها، وينقطع نسبه من الأول ولو أقام آخر بينة: أنه ولد على فراشه، كانت أولى من البينة المطلقة، كذا قاله البندنيجى وغيره فى باب عقل من لا يعرف نسبه[٢].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ادعت امرأة نسبه - ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدهما: يقبل؛ لأنها أحد الأبوين فقبل إقرارها بالنسب كالأب.

والثانى: لا يقبل - وهو ظاهر النص - لأنه يمكن إقامة البينة على ولادتها من طريق المشاهدة، فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الأب؛ فإنه لا يمكن إقامة البينة على ولادته من طريق المشاهدة؛ فقبلت فيه دعواه.

ولهذا قلنا: إنه إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، لم يقبل قولها فى دخول الدار إلا ببينةٍ.

ولو قال لها: إن حضت فأنت طالق - قبل قولها فى الحيض من غير بينةٍ؛ لما ذكرناه من الفرق فكذلك هاهنا.

والثالث: إن كانت فراشًا لرجلٍ لم يقبل قولها؛ لأن إقرارها يتضمن إلحاق النسب بالرجل.

وإن لم تكن فراشًا - قبل؛ لأنه لا يتضمن إلحاق النسب بغيرها.

(الشرح) قوله: (دعواه)، الدعوة - بالكسر -: مختصة بادعاء النسب، وهى الحالة التى عليها الإنسان من الدعوى وهى المرادة هنا؛ والدعوة - بالفتح -: بمعنى الدعاء والسؤال. والدعوة - بالضم -: الوليمة. والادعاء: أن يدعى شيئًا له. أو أنه من بنى فلان كقوله:

إنا بنى نهشل لا ندعى لأب ... عنه ولا هو بالأبناء يشرينا[٣]

---

(١) ينظر: الحاوى ٨/٥٦ .

(٢) ينظر: الكفاية خ .

(٣) البيت لبشامة بن حزن النهشلى فى شرح ديوان الحماسة للمرزوقى (١/١٠٢) وخزانة الأدب (١/٤٦٨)، وعيون الأخبار (١/٢٨٧)، والمقاصد النحوية (٣/ ٣٧٠)، ولنهشل بن حرى فى الشعر والشعراء (٢/٦٤٢)، وبلا نسبة فى شرح شذور الذهب ص (٢٨٤) .

والادعاء فى الحرب: الاعتزاء إليه من ذلك؛ ولذلك قيل: هو ابن الحرب، لمن يلازمها. والدعوة: الأذان، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِّمَّن دَعَآ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [فصلت: ٣٣] قالت عائشة: هم المؤذنون(١).

قوله: (فإن كانت فراشًا لرجل)(٢) إنما سميت المرأة فراشًا؛ لأن الرجل يفترشها، يقال: فلان كريم المفارش: إذا كان يتزوج كرائم النساء.

الأحكام: إذا ادعت المرأة بنوة اللقيط فهل تقبل دعوتها من غير بينة؟ اختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه، وخلافهم فيها قديم حكاه أبو إسحاق المروزى وغيره، كما نص عليه الماوردى.

فمنهم من قال: لا تقبل دعوتها إلا ببينة تشهد بالولادة، ولا يثبت بالقافة، كما صرح البندنيجى، قال ابن الرفعة: وهو الأظهر فى الطرق. قال العمرانى: وهو المذهب؛ لأن الأم يمكنها إقامة البينة على أن الولد منها قطعا؛ فلم يقبل قولها بمجرد الدعوى؛ لقدرتها على ما هو أقوى من الدعوى وهو البينة، والأب لا يمكنه إقامة البينة على أن الولد منه قطعا؛ فلذلك قبلنا قوله، وجاز - لضعف أسبابه - أن يكون ولدا له بمجرد الدعوى، وكما نقول فيمن علق طلاق امرأته على ولادتها، أو على دخول الدار - فإنه لا يقبل قولها على الولادة والدخول إلا ببينة. ولو علق طلاقها على حيضها، قبل قولها فيه من غير بينة.

والثانى: منهم من قال: تقبل دعوتها بكل حال؛ لأنها أحد الأبوين، فقبل قولها فى إلحاق النسب بها؛ كالأب. ولأن المرأة كالرجل فى الجهات التى يلحق منها النسب، وتزيد عليه فى أنها يلحقها ولدها من الزنى؛ فإذا لحق الرجل النسب بالإقرار، فالمرأة بذلك أولى.

وأجاب أصحاب هذا الوجه عن تفريق أصحاب الوجه الأول من الأم والأب - بأن هذا يبطل بإمكان إقامة البينة على الفراش؛ فإن الأب متمكن منها، ومع ذلك لا يكلفها، وهذا ما قاله الشيخ أبو حامد: إنه رآه الشافعى فى اللعان أو فى غيره(٣).

فعلى هذا: إن كانت فراشا لزوج أو سيد لم يلحق الولد بالزوج ولا بالسيد؛ لأنا

---

(١) ينظر: عمدة الحفاظ (٢/ ١٢).
(٢) ينظر: النظم (٢/ ٨٣).
(٣) ينظر: الكفاية خ.

إنما ألحقناه بها لإقرارها، ولم يوجد من الرجل إقرار. وإن كانت مملوكة لم يحكم برقه؛ لأنا لا نقبل قولها فيما يضره.

والثالث: منهم من قال: إن كانت فراشا لزوج أو سيد، لم يلحقها النسب؛ لأن ذلك يتضمن إلحاق النسب بغيرها من غير رضاه لأن الفراش لا يتبعض؛ بدليل: أنه يلحق به إذا قامت بينة على ذلك، ولا يجوز إلحاقه بالزوج مع جحوده بإقرارها؛ كما أن أحد الأخوين لو أقر بأخ، لا يلحق بأخيه المنكر[1].

وإن كانت خالية من الفراش، لحقها النسب؛ لأنه لا يتضمن إلحاق النسب بغيرها. ولسنا نعنى بالزوج هاهنا: أن تكون فى عصمة زوج؛ بل المراد: أن تكون فراشا لشخص لو ثبت نسب اللقيط منها بالبينة، للحق صاحب الفراش، سواء كانت فى عصمته أو فى عدة طلاق، أو وفاة[2].

هذه هى الوجوه الثلاثة التى نص عليها المصنف، وذكرها ابن الرفعة فى كفايته، والقاضى العمرانى فى بيانه، أما الماوردى فى حاويه فقد ذكر أن الأصحاب قد اختلفوا فى المسألة على ثلاثة أوجه - أيضا - تبعا لاختلافهم فى تأويل قول الشافعى - رحمه الله تعالى -: «ولا دعوة للمرأة إلا ببينة».

غير أن الماوردى لم يذكر الوجه القائل بأنه تقبل دعواها؛ لأنها أحد الأبوين، وذكر الوجه القائل: بأنه لا تقبل دعواها إلا ببينة، ثم ذكر وجهين آخرين - هما فيما نرى - يمثلان معا الوجه الثالث الذى ذكرناه.

قال الماوردى معبرا عن هذين الوجهين - وهما الثانى والثالث من الوجوه الثلاثة التى ذكرها -:

والوجه الثانى: أنها إن كانت ذات زوج لم يصر ولدا لها بمجرد الدعوى حتى تقيم بينة بولادته، وإن كانت غير ذات زوج قبل منها، وألحق بها؛ لأنها إذا كانت ذات زوج، أوجب لحوقه بها أن يصير لاحقا بزوجها؛ لأنها له فراش؛ فلم يثبت ذلك إلا ببينة يثبت بها الفراش، وإذا لم تكن ذات زوج، فلحوقه بها لا يتعداها إلى غيرها كالرجل.

---

(١) ينظر: الكفاية خ .
(٢) ينظر: الكفاية خ .

والوجه الثالث: أن مراد الشافعى بذلك: أنه لا دعوة لها فى إلحاقه بزوجها، ولا فى ادعائه لنفسها إلا ببينة تقيمها على ولادتها له؛ ردا على طائفة زعمت أن المرأة إذا ادعت ولادة ولد على فراش الزوج، كان قولها فيه مقبولا، وصار بالزوج لاحقا. فأما إذا أرادت أن تدعوه لنفسها ولدا، فإنه يلحق بها بمجرد الدعوى كالرجل.

إذا ثبت هذا: فقد قال الماوردى - أيضًا -: فإذا لحق بها - على ما ذكرناه من هذه الوجوه الثلاثة - لم يلحق بزوجها، إلا أن يصدقها على ولادته؛ فيصير حينئذ لاحقا به بتصديقه، أو ببينة تقيمها على ولادته.

قال: فإن قالت المرأة وقد ألحق بها الولد، وأنكر الزوج أن تكون ولدته على فراشه: أنا أريه القافة معك؛ ليلحقوه بك - لم يجز؛ لأن الولادة لا تثبت بالقافة لإمكان البينة(١).

وقال ابن الرفعة: وحكى الإمام وجهين فى كتاب اللعان، فى أن القائف لو ألحق الولد بالزوج، هل ينزل منزلة البينة على ثبوت الولادة؟ وأصحهما: أن الولادة لا تثبت(٢).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن تداعى نسبه رجلان، لم يجز إلحاقه بهما؛ لأن الولد لا ينعقد من اثنين؛ والدليل عليه قوله - تعالى -: ﴿إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ﴾ [الحجرات: ١٣]، فإن لم يكن لواحدٍ منهما بينة - عرض الولد على القافة: وهم قوم من بنى مدلج من كنانة؛ فإن ألحقته بأحدهما لحق به، لما روت عائشة - رضى الله عنها - قالت: دخل على رسول الله ﷺ أعرف السرور فى وجهه؛ فقال: «ألم ترى إلى مجززٍ المدلجى نظر إلى أسامة وزيدٍ وقد غطيا رؤوسهما وقد بدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعضٍ» فلو لم يكن ذلك حقًّا لما سر به رسول الله ﷺ وهل يجوز أن يكون من غير بنى مدلج؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن ذلك ثبت بالشرع، ولم يرد الشرع إلا فى بنى مدلجٍ.

والثانى: أنه يجوز - وهو الصحيح - لأنه علم يتعلم ويتعاطى؛ فلم تختص به

(١) ينظر: الحاوى (٨/ ٥٧).
(٢) ينظر: الكفاية خ.

قبيلة؛ كالعلم بالأحكام.

وهل يجوز أن يكون واحدًا منهما فيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز؛ لأن النبى ﷺ سر بقول مجززٍ المدلجى وحده؛ ولأنه بمنزلة الحاكم؛ لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم.

والثانى: لا يجوز أقل من اثنين؛ لأنه حكم بالشبه فى الخلقة فلم يقبل من واحدٍ كالحكم فى المثل فى جزاء الصيد.

ولا يجوز أن يكون امرأةً، ولا عبدًا؛ كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأةً ولا عبدًا.

ولا يقبل إلا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقه؛ كما لا يقبل فى الفتيا إلا قول من عرف فى العلم حذقه.

وإن ألحقته بهما، أو نفته عنهما؛ أو أشكل الأمر عليها، أو لم تكن قافة - ترك حتى يبلغ، ويؤخذان بالنفقة عليه؛ لأن كل واحدٍ منهما يقول: أنا الأب، وعلى نفقته.

فإذا بلغ، أمرناه أن ينتسب إلى من يميل طبعه إليه؛ لما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال للغلام الذى ألحقته القافة بهما: وال أيهما شئت، ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره.

فإذا تعذر العمل بقول القافة - رجع إلى اختيار الولد.

وهل يصح أن ينتسب إذا صار مميزًا ولم يبلغ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح كما يصح أن يختار الكون مع أحد الأبوين إذا صار مميزًا.

والثانى: لا يصح؛ لأنه قول يتعين به النسب، ويلزم الإحكام به؛ فلا يقبل من الصبى ويخالف اختيار الكون مع أحد الأبوين؛ لأن ذلك غير لازم.

ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل إلى الآخر - جاز ولا يجوز ذلك فى النسب.

وإن كان لأحدهما بينة قدمت على القافة؛ لأن البينة تخبر عن سماعٍ أو مشاهدةٍ، والقافة تخبر عن اجتهادٍ.

فإن كان لكل واحدٍ منهما بينة، فهما متعارضتان؛ لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين ففى أحد القولين يسقطان، ويكون كما لو لم تكن بينة؛ وقد بيناه.

وفى الثانى: تستعملان؛ فعلى هذا، هل يقرع بينهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة - قضى له؛ لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما، ولا يمكن الوقف؛ لأن فيه إضرارًا باللقيط؛ فوجبت القرعة.

والثانى: لا يقرع؛ لأن معنا ما هو أقوى من القرعة، وهو القافة؛ فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة.

وليس فى موضعٍ تسقط الأقوال الثلاثة فى استعمال البينتين إلا فى هذا الموضع على هذا المذهب.

وإن تداعت امرأتان نسبه، وقلنا: إنه يصح دعوى المرأة، ولم تكن بينة؛ فهل يعرض على القافة؟ فيه وجهان:

أحدهما: يعرض؛ لأن الولد يأخذ الشبه من الأم كما يأخذ من الأب، فإذا جاز الرجوع إلى القافة فى تمييز الأب من غيره بالشبه، جاز فى تمييز الأم من غيرها.

والثانى: لا يعرض؛ لأن الولد يمكن معرفة أمه يقينًا، فلم يرجع فيه إلى القافة بخلاف الأب؛ فإنه لا يمكن معرفته إلا ظنًا، فجاز أن يرجع فيه إلى الشبه.

(الشرح) حديث عائشة أخرجه البخارى[١]، ومسلم[٢]، وأبو داود[٣]، والترمذى[٤]، والنسائى[٥]، وابن ماجه[٦]، وأحمد[٧]، والدارقطنى[٨]، والبيهقى[٩] وغيرهم من حديث عائشة.

أما مجزز المدلجى[١٠] فهو: مجزز - بضم الميم وفتح الجيم وتشديد الزاى الأولى وكسرها - المدلجى - بضيم الميم، وسكون الدال المهملة وبالجيم - القائف الذى كان يأخذ بالشبه بين الصور والأشخاص، وإنما سمى مجززا؛ لأنه كان

(١) (١٢/ ٥٦) كتاب: الفرائض، باب: القائف حديث (٦٧٧٠).
(٢) (٢/ ١٠٨١) كتاب: الرضاع، باب: العمل بإلحاق القائف حديث (٣٨/ ١٤٥٩).
(٣) (٢/ ٦٩٨) كتاب: الطلاق، باب: القافة حديث (٢٢٦٧).
(٤) (٤/ ٤٤٠) كتاب: الولاء حديث (١٢١٩).
(٥) (٦/ ١٨٤) كتاب: الطلاق، باب: القافة.
(٦) (٢/ ٧٨٧) كتاب: الأحكام، باب: القافة حديث (٢٣٤٩).
(٧) (٦/ ٢٢٦).
(٨) (٤/ ٢٤٠) كتاب: الأقضية والأحكام رقم (١٢٨).
(٩) (١٠/ ٢٦٢) كتاب: الدعوى والبينات، باب: القافة ودعوى الولد.
(١٠) تنظر ترجمته فى: الاستيعاب (١٤٦١)، تهذيب التهذيب (١٠/ ٤٢، ٤٣)، المغنى (٢/ ٣٢٨).

إذا أخذ أسيرا جز ناصيته، ولم يكن اسمه مجززا، وإنما غلب عليه ذلك، قاله ابن عبد البر.

وقوله: (عرض الولد على القافة)[1] أى: أظهر حتى يروه، قال الله - تعالى -: ﴿وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِّلْكَٰفِرِينَ عَرْضًا﴾ [الكهف: ١٠٠] أى: أبرزناها وأظهرناها، ليشاهدوها.

والقافة: جمع قائف، وهو الذى يعرف الآثار، يقال: قفت أثره: إذا اتبعته مثل قفوت، أى: اتبعت، أصله: من القفا، تقول: قفوته، أى: سرت إثره. ذكره العزيزى[2].

وقوله: (علم يتعاطى) أى: يتناول، والمعاطاة: المناولة[3]، وأراد أنه يتعلم.

وقوله: (إلى من يميل طبعه إليه)[4] الطبع: ما جبل الإنسان عليه من أصل خلقته.

وقوله: (وال أيهما شئت) أى: تابع، والموالاة: المتابعة، والموالاة: ضد المعاداة.

الأحكام: أحكام هذا الفصل تدور حول تداعى نسب اللقيط، ودور القافة فى إلحاق النسب، وما يشترط فى القافة، وهل تختص القيافة ببنى مدلج دون غيرهم، أم لا؟ وعدد ما يقبل من القافة لإلحاق النسب، وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالقيافة، وسوف نكتفى هاهنا بذكر ما أورده صاحب البيان من أحكام خاصة بالقيافة، وهى - إن شاء الله - وافية بشرح ما ذكره المصنف هاهنا على أن نعود مرة ثانية للمناقشة التفصيلية لأحكام القيافة، وما فيها من اختلافات بين الفقهاء، وبيان ما يختار منها عند تناولنا لأحكام اللعان، إن شاء الله تعالى، فنقول وبالله التوفيق:

قال صاحب البيان: إذا ادعى رجلان بنوة لقيط، لم يلحق بهما. وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة: يلحق بهما. وقال المتأخرون من أصحاب أبى حنيفة: يجوز أن يلحق الولد بمائة أب.

دليلنا: قوله - تعالى -: ﴿إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ﴾ [الحجرات: ١٣].

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٨٣).
(٢) ينظر: تفسير غريب القرآن (١٥٥).
(٣) ينظر: الصحاح (عطو).
(٤) ينظر: النظم (٢/ ٨٤).

إذا ثبت هذا: نظرت فى المتداعيين: فإن جاءا معا وادعيا نسبه، ولا بينة مع أحدهما - فإنه يعرض على القافة. فإن ألحقته بأحدهما، لحق به، وبه قال على وأنس، وإحدى الروايتين عن عمر، وبه قال عطاء والأوزاعى ومالك وأحمد وقال أبو حنيفة: لا أريه القافة، وألحقه بهما.

دليلنا: ما روى الشافعى عن سفيان عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت: دخل على رسول الله ﷺ أعرف السرور فى وجهه، فقال «أَى عَائِشَة: أَلَمْ تَرَىْ إِلَى مجزِّز الْمُدْلِجِىّ: نَظَرَ إِلَى أُسَامَةَ وَزَيْدٍ عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ، وَقَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامهُمَا فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ». ولو لم يكن ذلك حقا وصوابا، لما سر به رسول الله ﷺ.

وروى: أن عمر - رضى الله عنه -: دعا قائفا فى رجلين تداعيا ولدا، فقال: لقد اشتركا فيه، فقال: وال أيهما شئت.

وإن سبق أحدهما بالدعوى، أو ادعياه معا، وكان فى يد أحدهما - فهل يقدم السابق بالدعوى أو صاحب اليد؟ فيه وجهان حكاهما ابن اللبان:

أحدهما: يقدم السابق بالدعوى، وصاحب اليد لا مزية له بذلك. فعلى هذا: لو كان فى يد أحدهما، فسبق أحدهما بدعواه، ثم ادعاه صاحب اليد - قدم السابق بالدعوى؛ لأنه قد حكم بثبوت نسبه من الأول.

والوجه الثانى: أنه لا يقدم السابق بالدعوى، ولا صاحب اليد، بل يعرض على القافة، وهو المنصوص؛ لأن ولد الإنسان قد يكون فى يد غيره ولأن اليد إنما تدل على الملك لا على النسب. وأما السبق بالدعوى: فإنه إذا لم يقدم به فى الملك، ففى النسب أولى فإن علم أن أحدهما قد سبق بالدعوى، وأشكل عليه، وقلنا: يقدم السابق بالدعوى - ففيه وجهان خرجهما ابن اللبان:

أحدهما: يكون كما لو ادعياه معا، فيعرض على القافة؛ لأنه لم يثبت السابق.

والثانى: لا يعرض على القافة، بل يوقف أبدا؛ لأنه يرجى معرفة السابق بقيام البينة.

فرع: إذا ادعى رجل نسب لقيط، لحق به، فلو جاء آخر بعده، وادعى نسبه ولا بينة، وقلنا: لا يقدم السابق بالدعوى - فإنه يعرض على القافة، وفى كيفية عرضه على القافة وجهان:

أحدهما - وهو المشهور -: أنه يعرض مع الثانى وحده، فإن لم تلحقه بالثانى، أو نفته عنه - لحق بالأول بدعوته الأولى، وإن ألحقته بالثانى، عرض - أيضا - مع الأول، فإن لم تلحقه بالأول، أو نفته عنه، لحق بالثانى، وانتزع من يد الأول وإن ألحقته بالأول لم يثبت نسبه من أحدهما، وترك حتى يبلغ، وينتسب إلى أحدهما.

وحكى ابن سُرَيج عن بعض أصحابنا: أنه يلحق بهما، وليس بشىء.

والوجه الثانى: أن الولد يعرض مع الأول والثانى معا؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون أبا، والأول أصح؛ لأنه قد ثبت نسبه من الأول بدعوته السابقة.

وأما إذا جاءا معا وادعيا نسبه: فإنه يعرض معهما على القافة؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، فإذا ألحقته بأحدهما، لحق به، وانتفى عن الآخر. وإن ألحقته بهما، لم يلحق بهما، وترك حتى يبلغ وينتسب إلى أحدهما.

وقال بعض أصحابنا: يلحق بهما، وهو قول أحمد، وليس بشىء؛ لما ذكرناه من حديث عمر؛ لأنه لا يجوز أن يكون ابنهما. وهكذا إن نفته القافة عنهما، أو لم يكن هناك قافة، أو كانت وأشكل عليها الأمر؛ فإنه يترك حتى يبلغ، أو يقال له: انتسب إلى من يميل إليه طبعك؛ لحديث عمر، ولأن الولد يميل طبعه إلى من هو منه.

فإن انتسب الى أحدهما، ثم قال بعد ذلك: أخطأت، وإنما أنا ابن الآخر - لم يقبل قوله.

وهكذا لو ألحقته القافة بأحدهما، ثم قالت: أخطأت، وإنما هو ابن الآخر - لم يقبل قولها؛ لأنه قد ثبت نسبه من الأول بقولها؛ فلا يسقط بقولها، كما لو ادعى رجلان عينا، فشهد لأحدهما بها شاهدان، وحكم بشهادتهما، ثم قالا: أخطأنا، وإنما هى ملك الآخر - فإنه لا يحكم بها للثانى.

وهل يصح أن ينتسب إلى أحدهما إذا صار مميزا قبل أن يبلغ؟ فيه قولان:

أحدهما: يصح؛ كما يصح أن يختار الولد الكون مع أحد الأبوين إذا صار مميزا، وإن لم يبلغ.

والثانى: لا يصح؛ لأن قوله يثبت به النسب، وتلزم به الأحكام؛ فلم يصح من الصبى، بخلاف الكون مع أحد الأبوين؛ فإنه غير لازم.

وأما إذا كان هناك بينة: فإن كانت مع أحدهما دون الآخر، حكم لصاحب البينة؛ لأن البينة أقوى من الدعوى، كما قلنا فى الملك. وإن كان مع كل واحد منهما بينة،

تعارضتا. وفى البينتين إذا تعارضتا قولان:

أحدهما: أنهما تسقطان. وهو الصحيح. فعلى هذا: يكون كما لو لم يكن هناك بينة؛ فيعرض على القافة.

والثانى: أنهما تستعملان، وفى الاستعمال ثلاثة أقوال:

أحدها: القسمة والثانى: الوقف. والثالث: القرعة.

ولا تجىء هاهنا القسمة ولا الوقف؛ لأن القسمة لا تمكن، والوقف يضر باللقيط وهل تجىء القرعة؟ فيه وجهان:

الوجه الأول: قال الشيخ أبو حامد: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، حكم له بالنسب، وهل يحلف من خرجت له القرعة؟ فيه قولان يأتى بيانهما.

والثانى: قال القاضى أبو الطيب: لا يقرع بينهما؛ لأن القرعة لا مدخل لها فى النسب، وإنما يعرض على القافة قال ابن الصباغ: وهذا أقيس.

فإن ادعى الملتقط نسب اللقيط، ثبت نسبه منه. فإن جاء آخر وادعى أنه ابنه: فإن أقام الثانى بينة، ولا بينة مع الملتقط، لحق النسب بالثانى؛ لأن البينة أقوى من الدعوى واليد. وإن أقام الأول بينة أيضا، تعارضت البينتان، وكان الحكم فيه ما مضى فى تعارض البينتين.

فإن قيل: هلا قدمتم بينة الملتقط، كما قدمتم بينة صاحب اليد فى الملك؟

قلنا: لا نقول ذلك؛ لأن اليد لا تدل على الأنساب، وإنما تدل على الأملاك ولأن الملك قد يحصل باليد - وهو: الاصطياد والاغتنام - والنسب لا يحصل باليد بحال.

فرع: وإن ادعى رجلان نسب لقيط، وذكر أحدهما فى اللقيط علامة، من خال فى بدنه، أو شامة، وما أشبه ذلك، ولم يذكر الآخر ذلك، لم يقدم الواصف له بذلك.

وقال أبو حنيفة: يقدم الواصف له بذلك.

دليلنا: أن معرفة العلامة هو وصف للمدعى، والمدعى لا يقدم بوصف ما ادعاه، كما لو ادعيا ملك عين ووصفها أحدهما.

فرع: وإن ادعت امرأتان ولادة لقيط، ولا بينة لواحدة منهما:

فإن قلنا: لا تقبل دعوى المرأة فى النسب بكل حال، لم تقبل دعوى واحدة

منهما.

وإن قلنا: تقبل دعوتها - إذا لم تكن فراشا، ولا تقبل إذا كانت فراشا - فإن كانتا فراشين لرجلين، لم تقبل دعوتهما. وإن كانت إحداهما فراشا دون الأخرى، قدمت دعوة من ليست بفراش. وإن كانتا ليستا بفراش، أو قلنا: تقبل دعوة المرأة بكل حال - فهل تعرضان على القافة مع الولد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تعرضان؛ لأن الأم يمكن معرفتها يقينا من طريق المشاهدة؛ فلم يرجع فيه إلى القافة.

والثانى: أنهما تعرضان مع الولد على القافة، ولم يذكر ابن الصباغ غيره؛ لأنهما أحد الأبوين، فعرضتا مع الولد على القافة، كالرجلين.

وإن أقامت إحداهما بينة بالولادة: رجلين، أو رجلا وامرأتين، أو أربع نسوة - حكم بثبوت النسب منها؛ لأن البينة أقوى من الدعوى. فإن كانت فراشا لزوج أو سيد، لحق به الولد؛ لأن البينة قد شهدت بولادتها له، فلحق صاحب الفراش، ويخالف إذا ألحقناه بها بإقرارها؛ لأنا لا نلحقه بغير المقر.

وإن أقامت كل واحدة منهما بينة بالولادة، فإن قلنا: إنهما تسقطان، كان كما لو لم تكن بينة، وقد مضى. وإن قلنا: تستعملان؛ فلا يجيء الوقف ولا القسمة.

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: ولا تجيء هاهنا القرعة؛ لأن معنا ما هو أقوى من القرعة وهو القافة، فنعرضه عليها، فإن ألحقته بإحداهما، قوينا بينتها بذلك، وألحقناه بها وبزوجها، ولا ينتفى عنه إلا باللعان وإن ألحقته القافة بها، أو نفته عنهما، أو أشكل عليها الأمر، أو لم يكن قافة، ترك الولد حتى يبلغ وينتسب إلى إحداهما، وتكون نفقته عليهما.

فإذا انتسب إلى إحداهما رجحنا به بينتها، ولحقها ولحق زوجها، وانتفى عنه باللعان.

فإن ماتت إحدى المرأتين، أو مات زوجها قبل بلوغ اللقيط، عزل من ميراث الميت ميراث الابن، فإن بلغ وانتسب إلى الميتة، أخذ ما عزل له من ميراثها، أو من ميراث زوجها.

وإن انتسب إلى الحية، رد المعزول على ورثة الميتة.

فرع: ذكر الطبرى: إذا اجتمع رجل وامرأة، وللرجل زوجة غير هذه المرأة،

وللمرأة زوج غير هذا الرجل، فادعى كل واحد منهما بنوة اللقيط، وأقام كل واحد منهما بينة - قال أبو العباس بن سريج: ففيه أربعة أقوال:

أحدها: أن بينة الرجل أولى؛ لأنا لو ألحقناه بالمرأة، لالتحق بزوجها من غير أن يدعيه.

والثاني: أن بينة المرأة أولى؛ لأن خروج الولد منها يعرف بالمشاهدة والقطع، وخروج الولد من الزوج لا يعلم إلا بغلبة الظن.

والثالث: أنهما يتعرضان؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر.

والرابع: أنه يعرض معهما على القافة.

مسألة: إذا اشترك رجلان فى وطء امرأة، وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما، وادعى أحدهما أنه ابنه وصادقه الآخر - ففيه قولان، حكاهما الطبرى:

أحدهما: أنه يحكم بأنه ابن للمدعى؛ كما لو كان فى يدهما عين فادعى أحدهما ملكها، وصادقه الآخر.

والثانى: أنه لا ينتفى عن الآخر بالمصادقة؛ لأنه قد وجد منه الوطء، ويجوز أن يكون ابنه، فلا ينتفى عنه بالإنكار؛ كما لو وطئ امرأة وانفرد بوطئها، فأتت بولد يمكن أن يكون منه، وتصادق الرجل والمرأة أنه ليس بابنه فعلى هذا: يعرض معهما على القافة.

مسألة: وهل يصح أن يحكم بقول قائف واحد؟ فيه قولان:

أحدهما: يصح؛ لأن النبى ﷺ إنما سر بقول مجزز المدلجى وحده، ولأنه مجتهد، فقبل فيه قول الواحد، كالقاضى.

والثانى: لا يصح إلا بقول اثنين؛ لأنه حكم بالشبه فى الخلقة؛ فلم يقبل إلا من اثنين؛ كالحكم فى المثل فى جزاء الصيد.

وهل يصح أن يكون القائف امرأة؟ فيه قولان - حكاهما القاضى أبو الطيب -:

أحدهما: لا يصح؛ لأن القائف يجرى مجرى الحاكم، والمرأة لا يصح أن تكون حاكما.

والثانى: يصح؛ لأن قول القائف يجرى مجرى الشهادة، وقول المرأة يقبل فى

النسب وهو الشهادة.

قال ابن الصباغ: وهذا ضعيف؛ لأن شهادتها لا تقبل فى النسب، وإنما تقبل فى الولادة.

قال المسعودى: وهل يصح أن يكون القائف عبدا؟ فيه قولان؛ بناء على أن القيافة حكم أو شهادة: فإن قلنا: حكم، لم يصح وإن قلنا: شهادة، صح. قلت - أى العمرانى -: هذا ضعيف؛ لأن العبد لا يصح أن يكون شاهدا بحال.

وهل يصح أن يكون القائف من غير بنى مدلج؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يصح لأن النبى ﷺ إنما سر بقول مجزز المدلجى، ولأن القيافة فى طباع بنى مدلج من كنانة؛ فلم يصح من غيرهم.

والثانى: يصح، وهو الصحيح؛ لأنه علم يتعلم ويتعاطى؛ فلم تختص به قبيلة بعينها، كالعلم بالأحكام.

وأما الخبر: فلا يدل على أنه يختص ببنى مدلج، ولو كان كذلك، لاختصت القيافة بمجزز المدلجى وحده؛ لأن النبى ﷺ إنما سر بقوله.

فرع: ولا يحكم بقول القائف حتى يكون عدلا؛ لأن الحكم والشهادة لا تصح إلا من عدل ولا يصح الحكم بقوله حتى يكون حاذقا فى القيافة، مجربا؛ كما لا يقبل الحكم إلا ممن عرف حذقه فى الحكم.

قال البغداديون من أصحابنا: ومعرفة حذقه فى ذلك: بأن يرى صبيا ثابت النسب من رجل بعينه، لا يعرف القائف أباه، مع جماعة ليس فيهم أبوه، فيقال: أيهم أبوه منهم؟ فإن قال: ليس فيهم أبوه، أرى الصبى مع جماعة رجال فيهم أبوه، فيقال: أيهم أبوه منهم؟ فإذا أخبرنا بأبيه منهم، علم صدقه.

وقال المسعودى: معرفة حذقه: بأن يؤتى بالولد ونسوة فيهن أمه؛ فيقال: أيتهن أمه منهن؟ فإن أصابها، علم صدقه؛ لأن كون الولد منها معلوم قطعا، بخلاف الأب.

قال المحاملى: وأصحابنا أطلقوا ذلك، ولم يذكروا تكرر ذلك منه. والأشبه بالمذهب: أنه يحتاج إلى أن يتكرر ذلك منه ثلاث مرات؛ لأنه قد يتفق منه ذلك مرة أو مرتين، فإذا تكرر منه ثلاث مرات، علم أنه من أهل الصنعة بذلك.

فرع: والأشباه التى يلحِق بها القائف نوعان: ظاهرة، وخفية:

فالظاهرة: كالسواد، والبياض، وما أشبههما مما يشترك فى معرفتها الخاص والعام.

والخفية: هى الشبه بالأطراف: كالأيدى والأرجل، فهذا يختص بمعرفته القافة.

فإن تنازع رجلان فى نسب صبى، وكان يشبه أحدهما بالأشباه الظاهرة، ويشبه الآخر بالأشباه الخفية - ففيه قولان:

أحدهما: يلحق بمن يشبهه بالأشباه الظاهرة؛ لأن الأشباه الظاهرة كالنص، والأشباه الخفية كالقياس، والنص مقدم على القياس.

والثانى: يلحق بمن يشبهه بالأشباه الخفية؛ لأن الأشباه الظاهرة كالعموم والخفية كالخاص، والخاص مقدم على العموم، ولأن الظاهرة معرفة العامة، والخفية معرفة الخاصة، والخاصةُ مقدمة على العامة.

فرع: فإن ألحقته القافة بأحدهما، ثم جاء الآخر بقافة أخرى وألحقته بالثانى - لم يلحق بالثانى؛ لأن القائف كالحاكم، ولو حكم حاكم بعين لرجل، لم يحكم بها لآخر بحكم حاكم آخر.

وهكذا: لو قال القائف - بعد أن ألحقه بأحدهما -: أخطأت، وإنما هو ابن الآخر، لم يقبل قوله، كما لو حكم الحاكم بعين لرجل، ثم تغير اجتهاده؛ فإنه لا ينقض.

فرع: وإن مات الولد قبل أن يعرض على القافة، فهل يعرض قبل الدفن؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يعرض؛ لأن التمييز قد يقع بالأشباه الغامضة، وذلك ينقطع بالموت، وإنما تبقى الأشباه الظاهرة.

والثانى - وهو قول أبى إسحاق، وهو المشهور -: أنه يعرض؛ لأن إلحاقه بالشبه، وذلك ممكن بعد الموت.

فإن قلنا: لا يجوز أن يعرض الميت، أو كان قد دفن وتغير، وله ولد، فإنه يعرض على القافة، ويقوم مقامه فى الانتساب.

قال المسعودى: وإن ألقت سقطا، فإن كان قد تخطط، فإنه يرى القافة، وإن لم يتخطط، لم ير القافة.

وإن مات الأبوان أو أحدُهما، وقلنا: لا يجوز عرض الميت، أو كانا قد دُفِنَا -

قال ابن اللبان: فإن عصبة الميت وقرابته تعرض على القافة، مثل أبى الميت وإخوته وأخواته وأعمامه وعماته وسائر أولاد آباء الميت الذكور والإناث؛ لقوله ﷺ: «لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَهُ»(١).

فرع: إذا قدم رجل من أرض الأعاجم كالترك والهند، فادعى نسب رجل مجهول النسب، وصادقه المجهول - إن كان بالغا عاقلا - فإن كان لم يثبت على المجهول ولاء لغيره، قبلت دعواه، وثبت نسبه منه؛ لأنه لا ضرر على أحد فى ذلك. وإن كان قد ثبت عليه ولاء؛ بأن كان قد سباه رجل وأعتقه، أو كان قد اشترى رجل عبدا مجهول النسب فأعتقه، وأقر آخر بنسبه، نظرت فى المقر:

فإن ادعى أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو ما أشبه بذلك، لم تقبل دعواه؛ لأنه يسقط بذلك ولاء معتقه منه وإرثه. وإن ادعى أنه ابنه، ففيه قولان:

أحدهما: لا تقبل دعوة المقر؛ لأنه يسقط بذلك ولاء مولاه.

---

(١) فى الباب عن أبى هريرة وابن عمر .

حديث أبى هريرة ورد عنه من طريقين:

- طريق سعيد بن المسيب:

أخرجه البخارى (١٠/ ٥٥٤) كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفى الولد (٥٣٠٥) وفى (١٤/ ١٤٩) كتاب الحدود، باب ما جاء فى التعريض (٦٨٤٧)، ومسلم (٢/ ١١٣٧) كتاب اللعان (١٨/ ١٥٠٠) والحميدى (١٠٨٤)، وأحمد (٢/ ٢٣٣ و٢٣٤/ و٢٣٩ و ٢٧٩ و٤٠٩)، وأبو داود (١/ ٦٨٧) كتاب الطلاق، باب إذا شك فى الولد (٢٢٦٠) و (٢٢٦١)، والترمذى (٤/ ٧) أبواب الولاء والهبة، باب ما جاء فى الرجل ينتفى من ولده (٢١٢٨) وابن ماجه (٣/ ٤١٤ - ٤١٥) كتاب النكاح، باب الرجل يشك فى ولده (٢٠٠٢)، والنسائى (٦/ ١٧٨) و (١٧٩) كتاب الطلاق، باب نفى الولد باللعان، وأبو يعلى (٥٨٦٩) والطحاوى فى شرح المعانى (٣/ ١٠٣)، وابن حبان (٤١٠٦) و(٤١٠٧) والبيهقى (٧/ ٤١١ و ٨/ ٢٥١ و٢٥٢و ١٠/ ٢٦٥) من طرق عن الزهرى عنه عن أبى هريرة.

- طريق أبى سلمة بن عبد الرحمن عنه:

أخرجه البخارى (٧٣١٤) ومسلم (٢٠/ ١٥٠٠) وأبو داود (٢٢٦٢) من طرق عن الزهرى عنه عن أبى هريرة.

حديث عبد الله بن عمر:

أخرجه ابن ماجه (٣/ ٤١٥ - ٤١٦) كتاب النكاح، باب الرجل يشك فى ولده (٢٠٠٣).

وإسناده حسن ففى إسناده عباءة (أو عبادة) بن كليب هو صدوق حسن الحديث، وباقى رجاله ثقات .

والثانى: تقبل دعوته، ويثبت نسبه منه، ويقدم على المولى.

والفصل بين الولد وغيره من القرابات: أنه غير مضطر إلى الإقرار بالأخ والعم وغيرهما من القرابات؛ لأنه إذا لم يقر به، أقر به غيره. أما أبوه أو أخوه: فلم يقبل إقراره فيه، وهو مضطر الى الإقرار بالولد؛ لأنه لا يثبت نسبه إلا من جهته.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل إلا ببينةٍ؛ لأن الأصل هو الحرية، فإن شهدت له البينة، نظرت: فإن شهدت له بأنه ولدته أمته، فقد قال فى «اللقيط»: جعلته له، وقال فى «الدعوى والبينات»: إن شهدت له بأنه ولدته أمته فى ملكه - جعلته له.

فمن أصحابنا من قال: يجعل له قولًا واحدًا، وإن لم تقل ولدته فى ملكه.

وما قال فى «الدعوى والبينات» ذكره تأكيدًا لا شرطًا؛ لأن ما تأتى به أمته من غيره، لا يكون إلا مملوكًا له.

ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: يجعل له؛ لما بيناه.

والثانى: لا يجعل له؛ لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم ملكها؛ فلم يملك ولدها.

وإن شهدت له البينة بالملك، ولم تذكر سبب الملك - ففيه قولان:

أحدهما: يحكم له كما يحكم له إذا شهدت له بملك مالٍ، وإن لم تذكر سببه.

والثانى: لا يحكم؛ لأن البينة قد تراه فى يده، فتشهد بأنه عبده؛ بثبوت يده عليه بالالتقاط أو غيره.

وإن شهدت البينة له باليد: فإن كان المدعى هو الملتقط، لم يحكم له؛ لأنه قد عرف سبب يده، وهو الالتقاط، ويد الالتقاط لا تدل على الملك، فلم يكن للشهادة تأثير.

وإن كان المدعى غيره - ففيه قولان:

أحدهما: يحكم له مع اليمين؛ لأن اليد قد ثبتت، فإذا حلف حكم له كما لو كان فى يده مال فحلف عليه.

والثانى: لا يحكم له؛ لأن ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك؛ لأن الظاهر

الحرية.

(الشرح) وقوله: (رق اللقيط) أى: عبوديته.

الأحكام: إذا ادعى رجل رق إنسان مجهول الحال، وأنه عبده، وليس عليه يد لسيد مسترق - فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الدعوى على بالغ، فيرجع فيها إلى المدعى عليه بالرق فإن أنكر حلف وإن أقر صار عبدا له.

والضرب الثانى: أن تكون الدعوى على غير بالغ، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ممن لم يعلم أنه لقيط؛ فيكون قول المدعى رقه مقبولا، ويحكم بأنه عبده ما لم تكن يد تدفعه أو مدع يقابله؛ لأن ما جهل حاله إذا لم يكن فيه منازع، لم يتوجه إليه اعتراض؛ كمن وجد مالا، فادعاه ملكا، أقر على دعواه ما لم ينازع فيه فلو بلغ هذا الطفل الذى حكم برقه لمدعيه، وأنكر الرق، وادعى الحرية - لم يقبل منه بعد الحكم برقه، كما لا يقبل منه إذا أنكر النسب بعد الحكم به فإن أقام بينة بالحرية، حكم بها، ورفع رق المدعى عنه فإن طلب عند تعذر البينة عليه إحلاف المحكوم له برقه، كان له ذلك؛ لأنها دعوى حرية قد استأنفها على سيده[١]. هكذا ذكره الماوردى.

وقال ابن الرفعة: إذا كان مجهول النسب غير لقيط، فادعى رجل أنه مملوكه، وكان طفلا لا يعقل - حكمنا: أنه ملكه. وإن كان عاقلا مراهقا، وادعاه، وأنكر الصبى ذلك - فهل يحكم له به أم لا؟ على وجهين فى تعليق البندنيجى، وبناهما غيره على الوجهين فى المولود إذا ادعاه اثنان، ولا قائف، هل يؤمر بالانتساب لسن التمييز أم ينتظر بلوغه؟ وفى أن الخنثى المشكل: هل يراجع لسن التمييز أم ينتظر بلوغه؟ وعلى قول القبول - وهو المشهور من قول الشافعى - أنه من اليمين؛ لخطر بيان الحرية. وهل ذلك مستحب أم واجب؟ فيه خلاف، والأول يحكى عن النص. ثم إذا بلغ، وأقر بالرق لغير صاحب اليد، لم يقبل. وإن قال: أنا حر، فوجهان:

أصحهما - وبه أجاب ابن الحداد -: أنه لا يقبل إلا ببينة، وله تحليف السيد.

والثانى - وبه قال أبو على الثقفى -: أنه يقبل.

---

(١) ينظر: الحاوى (٨/ ٦٠ - ٦١).

والوجهان عند الشيخ أبى على مبنيان فيمن حكم بإسلامه بأبيه أو بالسابى، ثم بلغ، واعترف بالكفر هل يقبل[(١)]؟

والضرب الثانى: أن تكون الدعوى برق لقيط فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك قبل التقاطه، ففى قبول دعوى المدعى لرقه وجهان:

أحدهما: يقبل كما يقبل منه ادعاء نسبه.

والوجه الثانى - وهو قول الأكثرين من أصحابنا -: أن قوله لا يقبل فى رقه وإن قبل فى نسبه. والفرق بين الرق والنسب من وجهين:

أحدهما: أن فى دعوى النسب حقا له وحقا عليه، ودعوى الرق حق له لا عليه.

والثانى: أن النسب لا يمنع منه ظاهر الدار، بل يقتضيه، والرق يمنع منه ظاهر الدار وينافيه، ويشبه أن يكون تخريج هذين الوجهين من اختلاف قوليه فى حكم اللقيط، فإن قيل: إنه حر فى الظاهر، لم يحكم برقه للمدعى؛ وإن قيل: إنه مجهول الأصل حكم به.

والضرب الثانى: أن تكون دعوى رقه بعد التقاطه؛ فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينة لا يختلف أصحابنا فيه سواء ادعاه ملتقطه أو غيره.

وفرق ما قبل التقاطه وبعده: أن قبل الالتقاط لم تستقر عليه يد، وبعد الالتقاط قد استقرت عليه يد.

وإذا كان كذلك فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مدعى رقه هو الملتقط.

والضرب الثانى: أن يكون غيره من الأجانب فإن كان المدعى هو الملتقط، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن تكون له بينة أو لا تكون، فإن لم تكن له بينة، كانت دعواه مردودة، واللقيط على ظاهر الحرية، لم يثبت عليه رق، ويقر فى يده مع ماله - إن كان - ولا ينزع منه وإن كان مدعيا له، لما استحقه من كفالته بالالتقاط، هذا الذى نقله المزنى فى جامعه الكبير.

قال الماوردى: والذى أراه أولى أن انتزاعه من يده واجب؛ لأنه قد خرج بدعوى رقه من الأمانة فى كفالته، وربما صارت عليه استدامة يده ذريعة إلى تحقيق رقه.

(١) ينظر: الكفاية خ.

وإن كانت له بينة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد له باليد، فلا يحكم بها؛ لأن اليد شاهدة وليس يحكم بها للعلم بسببها؛ فلم يكن للشهادة بها تأثير.

والضرب الثانى: أن تشهد البينة له بالملك، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تصف سبب الملك على وجه يوجب الملك، وذلك من أحد خمسة أوجه: إما ابتياع من مالك، أو هبة قبضها من مالك، أو ميراث عن مالك، أو بسبى سباه فملكه، أو ولدته أمته فى ملكه.

فإن كانت البينة على البيع، أو الهبة، أو الميراث، أو السبى - حكم فيها بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين، ولا يحكم بشهادة النساء منفردات.

وإن كانت الشهادة على أن أمته ولدته، سمع فيه أربع نسوة يشهدن على ولادتها فى ملكه، وتكون شهادتهن بملك الأم عند الولادة تبعا للشهادة بالولادة إذا لم يكن فى ملك الأم نزاع، فإن نوزع فى ملكه الأم، لم تقبل شهادتهن بملك الأم حتى يشهد بملكها شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين، ثم إن شهدن بعد ذلك بولادتها فى ملكه قبلن ولو شهد شاهدان أو شاهد وامرأتان بالملك والولادة فيه قبل، فأما إن شهدت البينة بولادته من أمته، ولم تشهد بأن الولادة كانت فى ملكه، فهذا مما لم يذكر فيه سبب ملكه؛ لأنه قد يجوز أن تكون أمه قد ولدته فى ملك غيره.

فإذا ثبت هذا وشهدت البينة له بسبب الملك الموجب للملك، حكم بها، وصار عبدا له.

والضرب الثانى: أن تشهد البينة له بالملك، ولا تذكر سبب الملك، ففى وجوب الحكم بها قولان:

أحدهما: أنه يحكم بها، ويجعل اللقيط عبدا له، ولا يلزم أن يسألوا عن سبب الملك، كما لو شهدوا بملك مال لم يذكروا سبب ملكه كان جائزا؛ فكذلك فى ملك اللقيط.

والقول الثانى: ألا يحكم بهذه الشهادة فى اللقيط حتى يذكروا سبب ملكه، ويحكم بها فى غيره من الأموال وإن لم يذكروا سبب ملكه.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن حكم اللقيط أغلظ من سائر الأموال؛ لما فيه من نقله عن ظاهر حاله

فى الحرية إلى ما تشهد له البينة من الرق، وليس كذلك سائر الأموال؛ لأنها مملوكة فى سائر الأحوال.

والثانى: أن اليد فى الأموال تدل على الملك، وفى اللقيط لا تدل على الملك.

فإن قيل: فيجوز للشهود فى الأموال أن يشهدوا فيها بالملك باليد وحدها - قيل: أما يد لم يقترن بها تصرف كامل، فلا تجوز الشهادة بها فى الملك. وأما إذا اقترن بها تصرف، فقد اختلف أصحابنا:

فحكى أبو على الطبرى فى إفصاحه وجهين عن غيره ووجها ثالثا عن نفسه.

أحد الوجهين: يجوز؛ كما يجوز للحاكم، والحكم أوكد من الشهادة.

والوجه الثانى: لا يجوز ذلك للشهود وإن جاز للحاكم؛ لأن للحاكم أن يجتهد، وليس للشهود أن يجتهدوا.

والوجه الثالث - الذى حكاه عن نفسه - أنه إن اقترن بمشاهدة اليد والتصرف سماع من الناس ينسبونه إلى ملكه، جاز أن يشهدوا بالملك. وإن لم يسمعوا الناس ينسبونه إلى ملكه، لم يجز أن يشهدوا بالملك، وشهدوا باليد.

فرع: وإن كان المدعى لرق اللقيط أجنبيا غير الملتقط، فإن لم تكن له بينة ردت دعواه.

وإن كانت له بينة، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد له بالملك؛ فيكون على ما مضى فى الشهادة للملتقط.

والضرب الثانى: أن تشهد له باليد قبل التقاطه؛ ففى الحكم بها قولان:

أحدهما: لا يحكم بها لغير الملتقط؛ كما لا يحكم بها للملتقط، ولا تكون اليد عليه موجبة لملكه، لما ذكرنا من تغليظ حاله.

فعلى هذا: لا يحكم بها فى ملكه لرقه، ولكن يحكم بها فى تقدم يده واستحقاق كفالته؛ لأن بينته تشهد بأن يده كانت عليه قبل يد ملتقطه.

فعلى ما حكاه المزنى ينتزع من الملتقط، ويسلم إليه ليكفله وعلى ما رآه الماوردى أولى يمنع منه؛ لئلا يصير ذريعة إلى استرقاقه.

والقول الثانى: ذكره المزنى فى جامعه الكبير: أنا نحكم له برقه مع الشهادة له باليد، بخلاف يد الملتقط؛ لأن فى إقرار الملتقط بأنه لقيط تكذيبًا لشهوده بأن اليد موجبة لملكه، وليس من غير الملتقط إقرار يوجب هذا إلا أن المزنى فيما نقله عن

الشافعي في جامعه الكبير أنه قال بعد الحكم بالشهادة له باليد: ويحلف إنه كان في يده رقيقا له، فإن لم يحلف، لم أرقه له، فاختلف أصحابنا في إحلافه مع البينة: هل هو واجب، أو استحباب؟ على وجهين:

أحدهما: أنه واجب؛ لينفي بها احتمال اليد أن تكون بغير ملك، فإن نكل؛ لم يحكم له برقه.

والوجه الثاني: أنها استحباب، وليست بواجبة؛ لأن اليد إن أوجبت الملك أغنته عن اليمين إذا لم يكن منازع.

وإن لم توجب الملك، لم يكن للشهادة بها تأثير، ولأن في اليمين مع البينة اعتلالا للشهادة[1].

قال ابن الرفعة: والمذكور في الشامل: أن غير الملتقط إذا أقام بينة شهدت له باليد، حكم له باليد، وكان القول قوله مع يمينه، وكذا هو في تعليق القاضيين أبي الطيب والحسين، وفي التتمة.

وحكى الرافعي عن الشامل وغيره: أن المدعي إن أقام البينة على أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط، قبلت، وتثبت يده، ثم يصدق في دعوى الرق؛ لأن من تثبت يده على صغير مجهول الحال، وادعى رقه - حكم له به؛ إذا لم يكن في يده عن التقاط، وبمثله أجاب صاحب التهذيب فيما إذا أقام الملتقط بينة على أنه كان في يده قبل أن يلتقطه.

لكن روى ابن كج في هذه الصورة عن النص: أنه لا يرق حتى يقيم البينة على سبب الملك؛ لأنه لما اعترف بأنه التقطه، فكأنه أقر بالحرية ظاهرا؛ فلا يزال إلا عن تحقيق. قال ابن الرفعة: وقضية ما حكيته آنفا عن الرافعي وغيره في قبول قول من ادعى رق اللقيط وهو في يده: أن يجري هاهنا، فيقال: إن أقام غير الملتقط البينة بأنه كان في يده، حكم له بها، ويكون القول قوله في رقة مع يمينه جزما. وإن أقام الملتقط البينة بأنه كان في يده: فإن قبلنا قوله في دعواه الرق إذا كان في يده، حكم له باليد، وحلف على رقه، وإلا فلا، ولم أر ذلك لأحد من الأصحاب[2]. اهـ.

---

(١) ينظر: الحاوي (٨/ ٦١، ٦٣).

(٢) ينظر: الكفاية خ.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ومن حكم بإسلامه، أو بأحد أبويه، أو بالسابى فحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين: فى الغسل، والصلاة، والميراث، والقصاص، والدية؛ لأن السبب الذى أوجب الحكم بإسلامه لم يزل، فأشبه من أسلم بنفسه، وبقى على إسلامه.

فإن بلغ ووصف الكفر، فالمنصوص: أنه مرتد؛ فإن تاب وإلا قتل؛ لأنه محكوم بإسلامه قطعًا فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتد.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: ما ذكرناه.

والثانى: أنه يقر على الكفر؛ لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه.

فإن بلغ ولم يصف الإسلام ولا الكفر، فقتله قاتل - فالمنصوص: أنه لا قود على قاتله.

ومن أصحابنا من قال: يجب القود؛ لأنه محكوم بإسلامه، فأشبه ما قبل البلوغ؛ وهذا خطأ؛ لأنه يحتمل أن يكون غير راضٍ بالإسلام، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط، ويخالف ما قبل البلوغ، فإن إسلامه قائم قطعًا، وبعد البلوغ لا نعلم بقاء الإسلام.

فأما من حكم بإسلامه بالدار، فإنه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه، أو بالسابى.

فإن بلغ ووصف الكفر فإنه يفزع ويهدد على الكفر احتياطًا.

فإن أقام على الكفر أقر عليه، ومن أصحابنا من قال هو كالمحكوم بإسلامه بأبويه؛ لأنه محكوم بإسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه.

والمنصوص: أنه يقر على الكفر؛ لأنه محكوم بإسلامه من جهة الظاهر، ولهذا لو ادعاه ذمى وأقام البينة - حكم بكفره.

(الشرح) قوله: (أو بالسابى)[1] هو الذى يسبيه، أى: يأسره، والسباء أصله: الأسر، يقال: سبيت العدو سبيا وسباء: إذا أسرته، واستبيته: مثله.

الأحكام: قد ذكرنا - من قبل بإيجاز - أن الصبى يحكم بإسلامه تبعًا لإسلام

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٨٤).

أبويه أو لأحدهما، أو للسابى أو للدار، وتفصيل ذلك:

أن من يجري عليه حكم الإسلام قبل بلوغه على أربعة أقسام:

أحدها: من يجري حكم الإسلام عليه بإسلام أبويه، فيصير بإسلامهما مسلما وهذا مما لم يختلف العلماء فيه؛ لما روى أبو اليزيد عن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «كل مولود يولد على الفطرة وأبواه يهودانه وينصرانه كما تنتج البهيمة من بهيمة جمعاء، هل تحسون من جدعاء، قالوا: يا رسول الله، أفرأيت من يموت وهو صغير؟ قال: «الله أعلم بما كانوا عاملين».

فمعنى قوله: «يولد على الفطرة» يريد: على الإقرار بأن الله خالقه؛ لأن جميع الناس على اختلاف أديانهم يعلمون أن الله خالقهم، ثم يهوّد اليهود أبناءهم، وينصّر النصارى أبناءهم، أي: يعلمونهم ذلك، وضرب لهم مثلا بالإبل إذا نتنجت من بهيمة جمعاء-والجمعاء: هي السليمة، وإنما سميت بذلك لاجتماع السلامة لها في أعضائها - فتجدع أنوف نتاجها، وتفقأ عيونها.

فأما إذا أسلم أحد الأبوين: فإن كان الأب منهما هو المسلم، كان ذلك إسلاما له وسواء كانا في دار واحدة، أو كان الأب فى دار الكفر والابن فى دار الإسلام؛ كما قاله القاضى في الفتاوى.

وإن أسلمت الأم، فمذهب الشافعي وأبى حنيفة: أن إسلامها إسلام له كالأب.

وقال مالك: لا يكون إسلام الأم إسلاما له، وهذا خطأ؛ لقول النبى ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى».

ولقوله ﷺ: «فأبواه يهودانه وينصرانه»، فجعل اجتماعهما موجبا لتهوده دون انفرادهما.

ولأنها لو أسلمت وهى حامل، كان ذلك إسلاما لحملها إذا وضعت، فكذلك إذا أسلمت بعد الوضع.

ولأنها أحد الوالدين، فصار الطفل بها مسلما كالأب فإذا ثبت أن إسلام أحد الأبوين يكون إسلاما لغير البالغ من أولادهما، فكذلك يكون إسلاما لمن بلغ منهم مجنونا؛ لأن المجنون تبع لغيره.

فأما البالغ العاقل، فلا يكون إسلام الأبوين أو أحدهما إسلاما له؛ لأن الإسلام

يصح منه.

وأما إذا بلغ الكافر عاقلا، ثم جن، فهل يكون إسلام أبويه إسلاما له أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يكون ذلك إسلاما له؛ لأنه قد فعل الكفر بنفسه بعد بلوغه، فاستقر حكمه عليه.

والوجه الثاني- وهو اختيار أكثر أصحابنا -: أنه لا يصير مسلما؛ لأنه بزوال العقل وخروجه عن حد التكليف قد صار تبعا.

قال ابن الرفعة: وإسلام الجد وإن علا من قبل الأبوين عند فقد من دونه، وكذا الجدة وإن علت من قبل الأبوين عند فقد من دونها - كإسلام الأب والأم في التبعية.

ولو كان ثم من هو أقرب منهما كافرا، كما إذا أسلم الجد والأب كافر، أو الجدة والأم كافرة، أو الجد والأب كافر - ففى الحكم بتبعية الولد في الإسلام وجهان:

أقربهما فى الرافعى الاستتباع؛ لأن سبب التبعية القرابة.

ولأنها لا تختلف بحياة الأب وموته؛ كسقوط القصاص.

وفي تعليق القاضى أبى الطيب في باب دعوى الأعاجم: أن القاضى أبا الطيب قال: سمعت أبا الحسين الماسرجسى يقول: سمعت أبا على بن أبي هريرة يقول: إذا كان الصغير ذميا، فأسلم جده، هل يكون إسلاما له؟ فيه وجهان لأصحابنا.

ووجه المنع: أن إسلام الجد لو كان إسلاما له، لوجب أن يحكم بإسلام جميع الأطفال بإسلام جدهم آدم؛ لأنه جد الأجداد.

والماوردى حكى فى الباب المذكور في تبعية ولد الوالد بجده أو جدته ثلاثة أوجه:

ثالثها: إن كان الأب أو الأم موجودًا، لم يتبع، وإلا تبع.

والقسم الثانى: أن يجرى عليه حكم الإسلام بإسلام السابى له من بلاد الشرك، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون السبى بعد البلوغ؛ فلا يكون بإسلام سابيه مسلما، ويكون حكم الكفر عليه جاريا.

والضرب الثانى: أن يكون سبيه قبل البلوغ، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مسبيا مع أبويه أو أحدهما، فلا يكون حكمه حكم سابيه؛ لأن

إلحاق حكمه بأبويه أقوى من إلحاق حكمه بسابيه، ويكون على حكم الكفر، استصحابا لدين أبويه.

والضرب الثاني: أن يسبى وحده دون أبويه، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو الظاهر من مذهب الشافعى-: أنه لا يتبع سابيه فى الإسلام، ويكون حكمه فى الشرك حكم أبويه؛ لأن يد السابى يد استرقاق؛ فلم توجب إسلامه كالسيد.

والوجه الثانى: أنه يتبع السابى فى إسلامه؛ لأنه قبل البلوغ تبع لغيره وهو أخرجه بسبيه عن أبويه من أن يكون تبعا لهما؛ فصار تبعا لمن صار إليه بعدهما.

والقسم الثالث: أن يجرى عليه حكم الإسلام بنفسه، إقرارا به واعترافا بشروطه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك بعد بلوغه، فهذا مسلم، له ما للمسلمين، وعليه ما عليهم.

والضرب الثاني: أن يكون ذلك قبل بلوغه؛ فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك منه فى طفولته وعدم تمييزه، فلا يكون بذلك مسلما؛ لأنه لا حكم لقوله، ولا يصل إلى معرفة حق من باطل، ولا صحيح من فاسد.

والضرب الثاني: أن يكون مراهقا مميزا يصل بذهنه إلى معرفة الحق من الباطل، ويميز ما بين الشبهة والدليل، ففى الحكم بإسلامه إذا وصفه على شروطه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الظاهر من مذهب الشافعى أنه لا يصير مسلما لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»، فرفع القلم عنه قبل البلوغ فى جميع أحواله، وجمع بينه وبين المجنون فى سقوط تكليفه.

ولأن عقود المعاملات أخف حالا من شروط الإسلام، فلما امتنع قبل البلوغ أن تصح منه العقود، فأولى أن يمنع أن تصح منه شروط الإسلام.

والوجه الثانى: -وهو مذهب أبى حنيفة-: أن يصير مسلما؛ لأنه قد يصل إلى معرفة الدليل كما يصل إليه البالغ، وخالف الطفل والمجنون.

ولأن عليا -عليه السلام- أسلم قبل بلوغه، فحكم بصحة إسلامه.

فعلى هذا: إن بلغ، فرجع عن الإسلام، صار مرتدا.

والوجه الثالث: أن إسلامه يكون موقوفا: فإن استدام ذلك بعد بلوغه، علم أنه تقدم إسلامه، وإن فارقه بعد البلوغ، علم أنه لم يكن مسلما.

وعلى هذا الوجه يحتمل إسلام علىّ عليه السلام.

والقسم الرابع: أن يجرى عليه حكم الإسلام بالدار وهذا هو اللقيط وقد قسمنا أحواله التى يجرى عليه بها حكم الإسلام أو حكم الشرك[١] عند بياننا لأحكام قول المصنف «فصل: وإن وجد فى بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم... إلخ».

فإذا ثبت هذا: فإن حكم هذا الصبى - الذى حكم بإسلامه تبعا لأبويه أو أحدهما أو السابى أو الدار قبل البلوغ - حكم سائر المسلمين. وإن مات له مناسب مسلم، ورثه. وإن مات، غسل، وصُلِّىَ عليه، ودفن فى مقابر المسلمين وورثه مناسبه المسلم؛ لأن الذى أوجب إسلامه موجود قطعا، فهو كالمسلم بنفسه فإن بلغ ووصف الإسلام، استقر إسلامه، وتيقَّنَّا أنه لم يزل مسلما. وإن بلغ ووصف الكفر، نظرت:

فإن كان حكم بإسلامه تبعا لأبويه أو لأحدهما أو للسابى، ففيه طريقان حكاهما المصنف:

أحدهما - وهو المنصوص -: أنه مرتد؛ فلا يقر على الكفر قولا واحدا؛ لأنه محكوم بإسلامه قطعا، فهو كما لو أسلم بنفسه بعد البلوغ، ثم ارتد.

والثانى - ولم يذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ غيره -: أنها على قولين: أحدهما: أنه مرتد، ولا يقر على الكفر، وهو الأصح، لما ذكرناه.

والثانى: أنه ليس بمرتد، فيقر على كفره؛ لأنا حكمنا بإسلامه تبعا لغيره فى صغره؛ لأنه لا يمكن اعتباره بنفسه، فإذا بلغ أمكن اعتباره بنفسه، وزال حكم التبع.

وذكر ابن الرفعة فيمن حكمنا بإسلامه تبعا لأبويه فبلغ الصبى، وعقل المجنون،

---

(١) ينظر: الحاوى (٨/ ٤٤، ٤٦).

ووصف الكفر - فالمنصوص فى كتاب السير أنه لا يقر عليه، ويقتل بالردة، وسواء حصل إسلام الأبوين بعد العلوق وقبل الانفصال، أو بعد الانفصال؛ كما صرح به الإمام؛ لأنه سبق الحكم بإسلامه جزما فى الظاهر والباطن؛ فأشبه من باشر الإسلام، ثم ارتد.

ومن أسلم أحد أبويه قبل العلوق؛ فإنه لا خلاف أنه لا يقر عليه، وخرج فيه قول آخر: أنه يقر عليه؛ لأنه كان محكوما بكفره حين خلق، فأزيل ذلك بطريق التبعية، فإذا استقل انقطعت؛ فوجب أن يعتبر بنفسه، وهذا ما ادعى الإمام أنه مثل ظاهر النص الذى نقله المزنى إليه، ومنهم من لم يثبت هذا القول أصلا، وقطع بالأول[١].

وأما إذا كان حكم بإسلامه بالدار، فبلغ ووصف الكفر:

فإن قلنا: إن من حُكِمَ بإسلامه تبعا لأبويه أو للسابى، يُقَرُّ على الكفر إذا بلغ ووصف الكفر - فهذا أولى أن يقر.

وإن قلنا هناك: لا يقر - ففى هذا قولان:

أحدهما: لا يقر على الكفر؛ لأنه محكوم بإسلامه تبعا لغيره، فلم يقر عليه، كمن حكم بإسلامه تبعا لأبويه أو للسابى.

والثانى - وهو المنصوص -: أنه يقرع ويتهدد على الكفر، فإن أقام عليه، أقر عليه؛ لأنه أضعف حالا ممن حكم بإسلامه تبعا لأبويه أو للسابى؛ بدليل: أنه لو ادعى نسبه كافر وأقام البينة على ذلك، حكم بكفره.

قال ابن الرفعة: ويخالف المسألة قبلها - أى: مسألة المحكوم بإسلامه تبعا لأبويه - فإنه ثم مقطوع بإسلامه ظاهرا وباطنا، وكذلك يفارق المسبى؛ لأنا حكمنا بإسلامه تبعا للسابى مع علمنا بأن أبويه كافران وهذا ما اختاره فى المرشد[٢].

ثم قال ابن الرفعة - أيضا -: ومن التعليل الذى ذكرناه يظهر لك: أن محل الخلاف إذا حكم بإسلامه تبعا للدار وفيها كفار، أما إذا لم يكن فيها كفار أصلا، فهو محكوم بإسلامه ظاهرا وباطنا؛ فلا يقر على كفره قولا واحدا؛ كما صرح به الماوردى، وذكر تفصيلا فى أصل المسألة، وهو أنه إذا أبى إلا أن يكون مشركا،

---

(١) ينظر: الكفاية خ .
(٢) ينظر: الكفاية خ .

سئل عن سبب شركه: فإن قال: لأن أبى مشرك وصرت إلى اتباع أبى، ترك لما اختاره؛ لاحتماله؛ وأجرى عليه أحكام الشرك. وإن قال: لست أعلم دين أبى: هل هو الإسلام أو غيره، ولكنى أختار الشرك؛ ميلا إليه ورغبة فيه - فهو محل الخلاف، والأصح أنه لا يقبل منه، ويجعل إن أقام على ذلك مرتدا(١).

إذا ثبت هذا: فكل موضع قلنا: لا يقر على كفره، فهو مرتد، فإن تاب، وإلا قتل. وكل موضع قلنا: يقر على كفره، نظرت: فإن وصف كفرا يقر أهله عليه: كاليهودية والنصرانية والمجوسية، أقر عليه. فإن التزم الجزية، عقدت له الذمة، وأقر فى بلاد الإسلام حيث يجوز إقرار أهل الذمة فيه. وإن لم يبذل الجزية، لم يقر فى بلاد الإسلام، ولكن يقال له: الحق بأهل الحرب.

وإن وصف كفرا لا يقر أهله عليه: كعبادة الأوثان قلنا له: لا تترك على هذا، فإما أن تسلم، أو تلحق بدار الحرب، وأنت فى أمان إلى أن تلحق بدار الحرب، أو تصف كفرا يقر أهله عليه.

وكل موضع أقررناه على الكفر، فإن كان الإمام قد أنفق عليه شيئا من بيت المال، ففيه قولان:

أحدهما: يسترد منه بدله؛ كما لو أنفق عليه على سبيل القرض.

والثانى: لا يسترد منه بدله؛ لأنه صدقة عليه، ومن تصدق على كافر، لم يرجع عليه بها.

فرع: وإن بلغ هذا الصبى فقتله قاتل قبل أن يصف الكفر أو الإسلام، وكانت الجناية عمدًا، فإن كان حكم بإسلامه تبعا لأبويه أو للسابى، فهل يجب القود على قاتله؟ فيه قولان:

أحدهما: يجب عليه القود؛ لأنه قتل من هو محكوم بإسلامه قطعا عمدا؛ فوجب عليه القود، كما لو قتله قبل البلوغ.

والثانى: لا يجب عليه القود؛ وإنما يجب عليه دية مسلم - وهو المنصوص والذى اختاره المصنف وصاحب المرشد - لأنه يحتمل أنه لم يصف الإسلام؛ لأنه لم يسأل عنه - وهو مسلم - فيجب عليه القود، ويحتمل أنه لم يصف الإسلام؛ لأنه

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

غير راض بالإسلام، بل هو معتقد للكفر، وذلك شبهة يسقط به القود عن القاتل.

قال ابن الرفعة: والقولان مبنيان على أنه لو اعترف بالكفر، هل يكون مرتدا أو كافرا أصليا؟ إن قلنا بالأول، وجب القصاص، وإلا فلا.

قال الرافعي: لكن الأظهر منع القصاص وإن كان الأظهر كونه مرتدا؛ تعلقا بالشبهة، وهذا منه إشارة إلى حالة الحكم بإسلامه تبعا لأبيه أو السابى، وإلا إذا حكمنا بإسلامه تبعا للدار، فالأظهر: أنه كافر أصلى.

وحكى الإمام عن القاضى الحسين إجراء القول بمنع القصاص مع الحكم بأنه لو اعترف بالكفر لكان مرتدا، وعده من هفواته[1].

وإن كان محكوما بإسلامه بظاهر الدار، فهل يجب القود على قاتله؟ إن قلنا: إنه لا يجب القود على من قتل من حكم بإسلامه تبعا لأبويه أو للسابى، فهذا أولى. وإن قلنا: يجب القود على قاتل من حكم بإسلامه تبعا لأبويه أو للسابى، ففى هذا قولان:

أحدهما: يجب على قاتله القود، كما قلنا فيمن قتل من حكم بإسلامه تبعا لأبويه.

والثانى: لا يجب على قاتله القود؛ وإنما تجب عليه دية مسلم، وهو الصحيح؛ لأنه أضعف حالا ممن حكم بإسلامه تبعا لأبويه أو للسابى، بدليل: أنه لو ادعى كافر أنه ابنه وأقام عليه البينة، حكم بكفره.

فرع: قال ابن الرفعة: ولو مات اللقيط بعد البلوغ، وقبل إعرابه بالإسلام، ورثه قريبه المسلم.

ولو مات له قريب مسلم، فإرثه منه موقوف؛ كذا حكاه القاضى الحسين.

وقال الإمام: أما التوريث منه فيخرج على ما إذا مات قبل الإعراب: هل ينقض الحكم الذى جرى فى الصغر أم لا؟ وأما توريثه: فإن عنى بالتوقف أن يقال له: أعرب عن نفسك بالإسلام - فهو قريب، ويستفاد به الخروج من الخلاف.

والذى حكاه غيره: أنه إذا مات له قريب مسلم قبل أن يعرب عن نفسه بشىء، أو أعتق عن الكفارة - فإن قلنا: لو أعرب عن نفسه بالكفر لكان مرتدا، أمضينا أحكام

---

(١) ينظر: الكفاية خ.

الإسلام. وإن كنا نجعله كافرا أصليا: فإن أعرب بالكفر تبينا أنه لا وارث له، ولا إجزاء عن الكفارة.

وإن فات الإعراب بموت أو قتل، فوجهان:

أحدهما: إمضاء الحكم؛ كما لو مات فى الصغر.

وأظهرهما - فى الرافعى - يبين الانتقاض؛ لأن سبب التبعية الصغر، وقد زال، ولم يظهر فى الحال حكمه فى نفسه، فرد الأمر الى الكفر الأصلى.

أما إذا بلغ ومات أو قتل قبل أن يتمكن من الإعراب - فحكمه حكم ما لو كان ذلك قبل البلوغ، حكاه القاضى أبو الطيب هنا والرافعى فى كتاب الظهار[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن بلغ اللقيط وقذفه رجل، وادعى أنه عبد، وقال اللقيط: بل أنا حر - ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول اللقيط؛ لأن الظاهر من حاله الحرية.

والثانى: أن القول قول القاذف؛ لأنه يحتمل أن يكون عبدًا، والأصل براءة ذمة القاذف من الحد.

وإن قطع حر طرفه، وادعى أنه عبد؛ وقال اللقيط: بل أنا حر، فالمنصوص: أن القول قول اللقيط فمن أصحابنا من قال فيه قولان؛ كالقذف.

ومنهم من قال: إن القول قول اللقيط قولًا واحدًا، وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب فى الظاهر ووجوب القيمة مشكوك فيه.

فإذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك فلم يجز، وفى القذف قد وجب الحد فى الظاهر، ووجوب التعزيز يقين؛ لأنه بعض الحد فإذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين - فجاز.

(الشرح) الأحكام: وإن قذف اللقيط قاذف: فإن قذفه قبل البلوغ، لم يجب على القاذف حد القذف، وإنما يعزز القاذف؛ لأن الصبى لا يجب الحد بقذفه. وإن قذفه بعد البلوغ، فإن اتفق اللقيط والقاذف أن اللقيط عبد، لم يجب على القاذف حد القذف، وإنما يجب عليه التعزير؛ لأن قاذف العبد لا حد عليه وإن اتفقا أنه حر،

---

(١) ينظر: الكفاية خ.

وجب على القاذف حد القذف.

وإن قال القاذف: هو عبد، وقال اللقيط: بل أنا حر - ففيه قولان منصوصان فى المختصر:

أحدهما: القول قول اللقيط مع يمينه؛ لأنا حكمنا بحريته ظاهرا؛ فلا ننقضها بالدعوى وأيضا: فكما وجب القصاص بالجناية عليه - كما سيأتى - فكذلك يجب الحد بقذفه؛ وهذا ما نص عليه هنا، واختاره المزنى، وصححه الشيخ أبو على، ومنهم من قطع به، وحمل القول الثانى على مجهول لم تعرف حريته بالدار[١].

والثانى: أن القول قول القاذف مع يمينه؛ لأنه يحتمل أنه حر، فيجب على القاذف الحد، ويحتمل أنه عبد؛ فلا يجب عليه الحد، والأصل براءة ذمته.

وهذا ما صححه ابن الرفعة، وقال: ومنهم من جزم به؛ بناء على أن اللقيط غير محكوم بحريته ظاهرا.

وممن جزم بذلك، بناء على أن اللقيط مجهول الأصل - الماوردى فقال: فإن ادعى الحرية، فإن صدقه عليها القاذف، حد له حدًّا كاملا. وإن كذبه، وادعى رقه، فعلى القول الذى نجعل فيه اللقيط مجهول الأصل، يكون القول فيه قول القاذف، ولا حد عليه.

وعلى القول الذى نجعل اللقيط فيه حرا فى الظاهر، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أن القول قولُ اللقيط، ويحد قاذفه.

والوجه الثانى: أن القول قول قاذفه ولا حد عليه[٢].

قال ابن الرفعة: ولا خلاف أن اللقيط لو سكت بعد القذف ولم يدع الحرية، وطالب بالحد: أنه لا يجب، صرح به الماوردى وغيره - قلت - بناء على قول الشافعى: «ولو قذفه - أى: اللقيط - قاذف، لم أحده له حتى أسأله، فإن قال: أنا حر حددته».

فرع: وإذا قذف اللقيط غيره: فإن كان قبل البلوغ.. لم يجب عليه حد القذف؛ لأن الصغير لا يجب عليه الحد ولكن يؤدب. وإن كان بعد البلوغ.. وجب عليه حد

---

(١) ينظر: الكفاية خ.
(٢) ينظر: الحاوى (٨/ ٥١).

القذف إن كان المقذوف محصنا، أو التعزيز إن كان غير محصن.

فرع: فأما إذا جنى رجل على اللقيط عمدا، فقال الجانى: أنت عبد؛ فلا يجب على القصاص، وقال اللقيط: بل أنا حر - فاختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: فيه قولان، كما قلنا فى القذف. والجامع: قدرة اللقيط على إقامة البينة على الحرية، وهذه الطريقة التى أوردها الفورانى.

ومنهم من قال: القول قول اللقيط قولا واحدا.

والفرق بينهما: أن حد القذف يراد للردع والزجر، فإذا عدلنا عن الحد إلى التعزير، حصل به الردع، والقصاص يراد للتشفى، فإذا عدلنا منه إلى الدية، لم يحصل بها التشفى. ولأن التعزير بعض الحد، فإذا عدلنا عن الحد إلى التعزير، فقد عدلنا عن مشكوك فيه إلى يقين؛ فجاز. وليس كذلك الجناية؛ فإن اللقيط يجوز أن يكون عبدا؛ فلا يجب فى الجناية عليه قصاص، ويجوز أن يكون حرا؛ فيجب على الجانى عليه القصاص، فالقصاص مشكوك فيه وهو واجب من جهة الظاهر، والقيمة مشكوك فيها، فإذا جعلنا القول قول الجانى، انتقلنا من مشكوك فيه. وهو واجب من جهة الظاهر - إلى مشكوك فيه؛ فلم يجز. ولأن القصاص آكد ثبوتا من حد القذف؛ بدليل ثبوته لغير العفيف على العفيف، وللصغير على الكبير، بخلاف حد القذف، وهذا ما نص عليه[1].

فرع: وإن جنى اللقيط على غيره، نظرت:

فإن كانت جنايته خطأ، وجب الأرش فى بيت المال، سواء كانت جنايته قبل البلوغ أو بعده، وسواء كان موسرًا أو معسرا؛ لأنه حر مسلم لا مناسب له، فكانت جنايته الخطأ فى بيت المال، كغير اللقيط.

وأما إن جنى على غيره عمدا، فإن كان بعد البلوغ، وجب عليه القود إن كان المجنى عليه ممن يجب له عليه القود، أو الدية إن كان المجنى عليه لا يستحق عليه القود وإن كانت جنايته قبل البلوغ، لم يجب عليه القود؛ لأن الصبى لا يجب عليه القود.

وأما الأرش: فإن قلنا: إن عمد الصبى خطأ، وجب الأرش فى بيت المال. وإن

(١) ينظر: الكفاية خ.

قلنا: إن عمده عمد، وجب الأرش عليه؛ فيؤخذ منه إن كان موسرا، وإن كان معسرا، ثبت فى ذمته إلى أن يوسر.

وإن جنى على اللقيط قبل البلوغ، نظرت:

فإن قتله قاتل، فإن كانت الجناية خطأ، وجبت دية اللقيط على عاقلة الجانى، ويأخذها الإمام إلى بيت المال إرثا للمسلمين، كسائر أمواله.

وإن قتله عمدا، كان الإمام بالخيار: بين أن يقتل القاتل، وبين أن يعفو عنه على الدية؛ لأن ذلك يجب للمسلمين، والإمام نائب عنهم، ولا يفعل من ذلك إلا ما رأى فيه الصلاح.

وإن جنى عليه فيما دون النفس، نظرت:

فإن كانت الجناية خطأ، وجب الأرش للقيط ويأخذه الملتقط له؛ لأنه مال للقيط.

وإن كانت الجناية عمدا توجب القصاص، فإن كان اللقيط موسرا، لم يكن لوليه أن يقتص؛ لأن القصاص جعل للتشفى، والتشفى يحصل له إذا بلغ. وليس له أن يعفو على مال؛ لأنه لا حاجة به إليه. ويحبس له الجانى إلى أن يبلغ وإن كان اللقيط معسرا: فإن كان عاقلا لم يكن للولى أن يقتص؛ لأن التشفى إنما يحصل للمجنى عليه، وليس له أن يعفو على مال؛ لأنه لا حاجة به إليه؛ لأن نفقته تجب فى بيت المال. وإن كان معسرا معتوها، قال الشافعى: «أحببت للحاكم أن يعفو على مال؛ لأنه لا يرجى له أن يقتص؛ فكان العفو على مال أحظ».

وأما إذا جنى عليه بعد البلوغ نظرت:

فإن كانت على النفس، فهو كما لو جنى عليه قبل البلوغ. وإن كانت على ما دون النفس: فإن كانت خطأ وجب له الأرش، وإن كانت عمدا يجب فيها القصاص، فهو بالخيار: بين أن يقتص، وبين أن يعفو على مال كغيره. هذا نقل البغداديين.

وقال المسعودى: إذا قتل اللقيط عمدا، ففيه قولان:

أحدهما: يقتص الإمام؛ لأنه وليه، كالأب ولى الصبى.

والثانى: لا يقتص؛ لأن أولياء اللقيط المسلمون، وهم لا يتعينون.

وإن قتل اللقيط خطأ، ففيه قولان:

أحدهما: يجب دية حر؛ لأنه حر.

والثانى: يتوقف إلى أن يتبين أحر هو أم مملوك؟ لأنه يجوز أن يكون عبدا فلا يجب إلا باليقين.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا بلغ اللقيط ووهب وأقبض، وباع وابتاع، ونكح وأصدق، وجنى وجنى عليه، ثم قامت البينة على رقه - كان حكمه فى التصرفات كلها حكم العبد القن يمضى ما يمضى من تصرفه، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره؛ لأنه قد ثبت بالبينة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك.

فإن أقر على نفسه بالرق لرجلٍ، فصدقه - نظرت: فإن كان قد تقدم منه إقرار بحريته، لم يقبل إقراره بالرق؛ لأنه لزمه بإقراره بالحرية أحكام الأحرار فى العبادات والمعاملات فلم يقبل إقراره فى إسقاطها.

وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: لا يقبل إقراره بالرق؛ لأنه محكوم بحريته، فلم يقبل إقراره بالرق؛ كما لو أقر بالحرية ثم أقر بالرق.

والثانى: يقبل؛ لأنا حكمنا بحريته فى الظاهر، وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار، وبلغ وأقر بالكفر قبل منه فكذلك هاهنا.

ومنهم من قال يقبل إقراره بالرق قولًا واحدًا؛ لما ذكرناه، ويكون حكمه فى المستقبل حكم الرقيق.

فأما تصرفه بعد البلوغ، وقبل الحكم برقه فعلى قولين:

أحدهما: يقبل إقراره فى جميعه؛ لأن الرق هو الأصل، وقد ثبت فوجب أن تثبت أحكامه كما لو ثبت بالبينة.

والثانى: يقبل فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره؛ لأن إقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره، ولم يقبل فيما يضر غيره؛ كما لو أقر بمالٍ عليه وعلى غيره.

وهذا الطريق هو الصحيح، وعليه التفريع.

فإن باع واشترى: فإن قلنا: يقبل إقراره فى الجميع، وقلنا: إن عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح كانت عقوده فاسدةً.

فإن كانت الأعيان باقيةً - وجب ردها، وإن كانت تالفةً - وجب بدلها فى ذمته

يتبع به إذا عتق.

وإن قلنا: يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره، لم يقبل قوله فى إفساد العقود ويلزمه أعواضها فإن كان فى يده مال استوفى منه فإن فضل فى يده شىء - كان لمولاه.

وإن كان اللقيط جاريةً فزوجها الحاكم ثم أقرت بالرق فإن قلنا: يقبل إقرارها فى الجميع فالنكاح باطل؛ لأنه عقد بغير إذن المولى، فإن كان قبل الدخول، لم يجب على الزوج شىء، وإن كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل؛ لأنه وطء فى نكاحٍ فاسدٍ.

وإن أتت بولدٍ - فهو حر؛ لأنه دخل على أنه حر وعليه قيمته، ويجب عليها عدة أمةٍ؛ وهى قرءان.

وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره، لم يبطل النكاح؛ لأن فيه إضرارًا بالزوج، ولكنه فى حق الزوج فى حكم الصحيح. وفى حقها فى حكم الفاسد.

فإن كان قبل الدخول - لم يجب لها مهر؛ لأنها لا تدعيه.

وإن كان بعد الدخول - وجب لها أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى؛ لأنه إن كان المهر أقل - لم يجب ما زاد؛ لأن فيه إضرارًا بالزوج.

وإن أتت منه بولدٍ، فهو حر ولا قيمة عليه؛ لأنا لا نقبل قولها فيما يضره، ونقول للزوج: قد ثبت أن زوجتك أمة، فإن اخترت إمساكها؛ كان ما تلده مملوكًا للسيد؛ لانك تطؤها على علم أنها أمة.

وإن طلقها اعتدت عدة حرةٍ، وهو ثلاثة أقراءٍ، وله فيها الرجعة؛ لأنا لا نقبل قولها عليه فيما يضره.

وإن مات عنها لزمتها عدة أمةٍ، وهى شهران وخمس ليالٍ؛ لأن عدة الوفاة تجب لحق الله - تعالى - لا حق له فيها؛ ولهذا تجب من غير وطءٍ، وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله - تعالى - من العبادات.

وإن كان اللقيط غلامًا، فتزوج ثم أقر بالرق؛ فإن قلنا: يقبل إقراره فى الجميع - بطل النكاح من أصله؛ لأنه بغير إذن المولى.

فإن لم يدخل بها - لم يلزمه شىء، وإن دخل بها - لزمه أقل الأمرين من المسمى، أو مهر المثل؛ لأنه إن كان المسمى أقل - لم يجب ما زاد؛ لأنها

لا تدعيه.

وإن كان مهر المثل أقل، لم يجب ما زاد؛ لأن قوله مقبول وإن ضر غيره.

وإن قلنا: لا يقبل قوله فيما يضر غيره - لم يقبل قوله إن النكاح باطل؛ لأنه يضرها، ولكن يحكم بانفساخه فى الحال؛ لأنه أقر بتحريمها.

فإن كان قبل الدخول؛ لزمه نصف المسمى، وإن دخل بها لزمه جميعه؛ لأنه لا يقبل قوله فى إسقاط المسمى.

(فصل) وإن جنى عمدًا على عبدٍ ثم أقر بالرق؛ وجب عليه القصاص على القولين.

وإن جنى خطأ؛ وجب الأرش فى رقبته على القولين؛ لأن وجوب القصاص، ووجوب الأرش فى رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه.

وإن جنى عليه حر عمدًا، لم يجب القود على الجانى؛ لأن ذلك مما يضره، ولا يضر غيره فقبل قوله فيه.

وإن جنى عليه خطأ، بأن قطع يده؛ فإن الجانى يقر بنصف الدية، واللقيط يدعى نصف القيمة، فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية - وجب نصف القيمة؛ لأن ما زاد عليه لا يدعيه.

وإن كان أكثر من نصف الدية، فعلى القولين.

إن قلنا: يقبل قوله فى الجميع - وجب على الجانى نصف القيمة.

وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره وجب نصف الدية؛ لأن فيما زاد إضرارًا بالجانى.

(الشرح) وقوله: (يمضى ما يمضى من تصرفه) أى: ينفذ ويحكم به.

وقوله: (وهى: قرءان) يُذكر فى العِدَد.

الأحكام: إذا بلغ اللقيط جرت عليه أحكام الأحرار فى عقوده وأفعاله؛ اعتبارا بظاهر حاله فى الحرية؛ لأنه ممكن من ذلك كله، ولا يمنع منه بالإشكال، سواء قيل: إنه حر فى الظاهر، أو مجهول الأصل. فإذا باع أو اشترى أو نكح . . . الخ بناء على هذا وجرت أحكام الحرية عليه ظاهرا، ثم جاء رجل فادعى رقه، وأنه عبده - فلا يخلو أن يكون له بينة تشهد له برقه أو لا يكون.

فإن أقام برقه بينة حكمنا له برقه، وأجرينا عليه أحكام العبيد فى الماضى من حاله

وفى المستقبل، فما بطل من عقوده الماضية بالرق أبطلناه، وما وجب استرجاعه من غرم أو مال استرجعناه. وسواء فى ذلك ما ضر غيره ونفعه، أو نفع غيره وضره؛ لأن البينة حجة عليه وعلى غيره وإن لم يكن للمدعى بينة، فلا يخلو أن يقر اللقيط له بالرق أو ينكره فإن أنكره حلف له، وهو على ظاهر حريته وإن أقر له بالرق، فلا يخلو أن يكون قد اعترف قبل ذلك بالحرية أو لم يعترف[1].

فإن كان اللقيط قد تقدم منه إقرار قبل هذا أنه حر، لم يقبل إقراره الثانى أنه عبد؛ لأنه بإقراره الأول أنه حر، لزمته أحكام فى العبادات لله تعالى؛ فلا يقبل إقراره بما يسقطها؛ ولهذا لو أن حرا قال لرجل: جعلت نفسى عبدك، لم يصر عبده بذلك.

وهذا ما قطع به المصنف وصاحبا الحاوى والبيان، وذكره ابن الرفعة فى الكفاية، ثم قال: وقيل: إذا أقر بالرق بعد الاعتراف بالحرية يقبل، وحكى الإمام عن الصيدلانى القطع به تشبيها بما إذا أنكرت الزوجة الرجعة فى العدة، ثم أقرت بها، وهذا التشبيه أقرب[2].

وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية، فقد قال الشافعى: قُبِل إقراره، وفى إلزامه الرق قولان.

واختلف أصحابنا فى ترتيب المذهب فيها على طريقين:

الأول: قال أبو الطيب بن سلمة: هل يقبل إقراره فى الرق؟ فيه قولان:

أحدهما: يقبل إقراره ويحكم برقه؛ لأنه مجهول الحال، فقبل إقراره على نفسه بالرق، كما لو قدم رجل من بلاد الكفر لا يعرف نسبه، فأقر على نفسه بالرق.

ولأن إقراره آكد من البينة؛ لأنه لا يتهم فى إقراره على نفسه، والبينة متهمة. ثم ثبت أن البينة لو قامت برقه، حكم برقه، فكذلك إذا أقر على نفسه.

قال ابن الرفعة: فعلى هذا: حكمه حكم الرقيق فى جميع التصرفات فى الماضى والمستقبل، ولو ادعى عليه رجل: أنه رقيق فأنكره، كان له أن يحلفه[3].

والثانى: لا يُقبل إقراره؛ لأنه محكوم بحريته بظاهر الدار، فلم يقبل إقراره بالرق وقد تعلق عليه حقوق لله تعالى؛ فلم يقبل إقراره بما يُسقِطها، كما لو أقر بالحرية،

---

(١) ينظر: الكفاية خ.
(٢) ينظر: الكفاية خ.
(٣) ينظر: الكفاية خ.

ثم أقر بالرق. ويخالف المجهول؛ لأنه لم يلزمْهُ حق لغيره فيسقطها بالإقرار.

قال ابن الرفعة: فعلى هذا: لا أثر لإقراره فى التصرفات فى الماضى والمستقبل. قال الإمام: اللهم إلا أن يكون اللقيط عبدا وقد نكح، فإن فى ضمن إقراره اعترافًا بأنها محرمة عليه، ولا يمكن القول بحلها، ولو ادعى عليه رجل: أنه رقيقه، وأنكره - لم يكن له تحليفه؛ بناء على الصحيح فى أن اليمين مع النكول بمنزلة الإقرار؛ كما قاله ابن الصباغ. أما إذا جعلناها كالبينة، فله التحليف؛ رجاء أن ينكل فيحلف المدعى ويستحق، قاله الرافعى[١].

والطريق الثانى: قال عامة أصحابنا - كما ذكر ابن الصباغ وصاحب البيان، وقال البندنيجى: إنه المذهب، وذكر القاضى الحسين: أن الشافعى نص عليه فى الأم -: يقبل إقراره فى الرق قولا واحدا، وإنما القولان فى أحكام الرق:

أحدهما: يقبل إقراره فى الجميع، فيما له وفيما عليه؛ لأن هذه الأحكام فرع للرق، فإذا ثبت الأصل، ثبتت فروعه، ولأن إقراره آكدُ من البينة. ثم لو قامت البينة، لثبتت عليه جميع أحكام الرق؛ فكذلك إذا أقر، وهذا أظهر عند الغزالى.

والثانى: يقبل قوله فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره. وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزنى كما لو قال: لفلان على ألف، ولى عنده رهن بها؛ فإنه يقبل إقراره فيما عليه دون ما له ولأن إقراره تضمن ما يضره ويضر غيره، فقبل قوله فيما يضره، ولم يقبل فيما يضر غيره؛ كمن أقر بدين عليه وعلى غيره ولأن اللقيط قد يكون جارية وقد أنكحها الحاكم، فإذا قلنا: يقبل قولها فيما يضر غيرها، أدى إلى أن ينفسخ النكاح بقولها، والنكاح لا ينفسخ بقول النساء.

وقول الأول: «إن الأصل إذا ثبت، ثبتت فروعه» يبطل بالرجل إذا مات وخلف أخا وارثا، فأقر الأخ بابن للميت - فإن النسب يثبت، ولا يثبت الميراث.

وهذا الطريق أصح؛ لأن الشافعى قال: «قبل إقراره، وفى إلزامه الرق قولان»، وأراد: فى إلزامه أحكام الرق قولان.

وهذا هو الأصح عند المسعودى، والبغوى، والرويانى، وبه أجاب ابن الحداد.

فإذا قلنا بالطريق الثانى، وعليه التفريع، فعلى هذا: حكمه فى التصرفات بعد

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

الإقرار حكم الرقيق فيما يضره ويضر غيره وفى النهاية: أن بعض الأصحاب طرد قول التفصيل بين ما يضره ويضر غيره فى المستقبل أيضا، لكن الصحيح الأول.

وأما تصرفاته بعد البلوغ وقبل الإقرار: فلا تخلو: إما أن يكون اللقيط ذكرا أو أنثى:

فإن كان أنثى وقد زوجها الحاكمُ بإذنها بحر ثم أقرت بالرق، فإن قلنا: يقبل إقرارها فيما يضرها ويضر غيرها، حُكِمَ بأن النكاح وقع باطلا؛ لأنه بغير إذن سيدها، فإن لم يدخل بها الزوج، فلا شيء عليه. وإن كان قد دخل بها، وجب عليه مهر مثلها لسيدها، وفرق بينهما واعتدت بقرأين؛ لأنها عدة أمة، هكذا ذكر المصنف وابن الصباغ.

وذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى: أنها تستبرئ بقُرء واحد؛ لأنه استبراء، والأمة تستبرئ بقرء وإن أتت أمته بأولاد، فهم أحرار؛ لأنه اعتقد أنها حرة، وذلك شبهة، ويجب عليه لسيدهم قيمتهم حين الوضع. فإن مات عنها، لم يجب عليها عدة الوفاة.

وإن قلنا: يقبل قولها فيما يضرها، ولا يقبل فيما يضر غيرها - لم يحكم بفساد النكاح؛ لأن ذلك يضر بالزوج. فإن لم يدخل بها الزوج، لم يجب لها مهر؛ لأن السيد يقر بفساد نكاحها، والنكاح الفاسد لا تستحق به المهر قبل الدخول. فإن طلقها الزوج قبل الدخول، أو مات عنها، لم يطالبه السيد بشيء؛ لأنه لا يدعيه.

وإن كان الزوج قد دخل بها، وجب عليه أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى؛ لأن المسمى إن كان أقل، لم يلزمه ما زاد؛ لأنه لا يقبل قولها فيما يضر غيرها. وإن كان مهر المثل أقل، لم يجب عليه ما زاد عليه؛ لأنها لا تدعى أكثر منه.

وإن أتت منه بأولاد قبل الإقرار، فهم أحرار؛ لأنه وطئها وهو يعتقد أنها حرة. ولا يجب عليه قيمتهم؛ لأنه لا يقبل قولها فيما يضر غيرها، ولكن يقال للزوج: قد ثبت أن زوجتك أمة، فإن شئت اخترت المقام معها على أنك إذا وطئتها بعد ذلك، وحبلت منك - كان الولد مملوكا بلا كلام؛ لأنك تطؤها على علم بأنها أمة.

فإن قيل: فهذا مما يضره، وقد قلتم: لا يقبل قولها فيما يضر غيرها فالجواب: أنا لم نقبل قولها فيما يضر غيرها فى إيجاب حق لم يدخل فى العقد عليه.

فأما الحكم فى المستقبل: فيمكن إيفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها؛ بأن

يطلقها، فلا يلزمه ما لم يدخل عليه، أو يقيم على نكاحها؛ فلا يسقط حق سيدها.

فإن قيل: إذا أثبتم حق الرق الآن، فاعتبروا أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء، قلنا: لا يُعتبر ذلك؛ لأنا إن أثبتنا ذلك، وقلنا بفساد النكاح إذا لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء، أفسدنا العقد بقولها؛ ولأن شروط نكاح الأمة لا تعتبر فى الاستدامة، وإنما تعتبر فى الابتداء. وإن طلقها الزوج، اعتدت بثلاثة أقراء، وهى عدة حرة.

قال أصحابنا: ولا فرق أن يطلقها ثلاثا أو دون الثلاث؛ لأن عدة الطلاق حق للزوج، وقولها لا يقبل فيما يضر غيرها؛ لأنها إن طلقت دون الثلاث، فله الرجعة فى العدة، وإن طلقت ثلاثا أو كان الطلاق بائنا، فالعدة لاستبراء مائه؛ ألا ترى أنها لا تجب فى الموضع الذى لا يحتاج الى الاستبراء، وهو: قبل الدخول؟!

وإن مات عنها، لم يجب عليها عدة حرة؛ لأن عدة الوفاة حق لله تعالى، لا حق للزوج فيها؛ ألا ترى أنها تجب فى الموضع الذى لا يحتاج فيه إلى الاستبراء؟! وقولها مقبول فيما يسقط حق لله عز وجل وتعتد بشهرين وخمس ليال، وحكى المحاملى: أنها تستبرئ بقرء واحد؛ لأن استبراء الأمة بقرء.

وإن كان اللقيط ذكرا: فإن كان قد باع واشترى بعد البلوغ، أو كان اللقيط أنثى، فباعت واشترت بعد البلوغ - فإن قلنا: يقبل قوله فيما يضره ويضر غيره، حكم بفساد العقود كلها. فإن كانت الأعيان قائمة، ردت إلى أهلها، وإن كانت تالفة، ثبتت قيمتها فى ذمته، يتبع بها إذا عتق.

وإن قلنا: لا يقبل قوله فيما يضر غيره، لم يحكم بفساد العقود، وتلزمه الأثمان. فإن كان فى يده مال، دفعت الأثمان عنه، وما بقى منه يكون لسيده. وإن لم يف بالأثمان، أو لم يكن فى يده مال - كان ذلك دينا فى ذمته، يتبع به إذا عتق - هكذا قال الشيخ أبو حامد.

وقال ابن الصباغ: إن كان له كسب، استوفى ذلك من كسبه. وإن كان غلاما، فنكح: فإن قلنا يُقبل قوله فيما يضره ويضر غيره، حكم بفساد النكاح؛ لأنه وقع بغير إذن سيده. وإن لم يدخل بها، فلا شىء عليه. وإن دخل بها، وجب عليه مهر مثلها. ومن أين يستوفى؟ فيه قولان:

قال فى القديم: يستوفى من رقبته؛ كأرش الجناية.

وقال فى الجديد: يتبع به إذا عتق؛ لأنه وجب برضا من له الحق، فهو كثمن

المبيع، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ.

وذكر المصنف: أنه إذا دخل بها، لزمه أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى؛ لأن المسمى إن كان أقل، لم يجب ما زاد؛ لأنها لا تدعيه. وإن كان مهر المثل أقل، لم يجب ما زاد؛ لأن قوله مقبول وإن ضر غيره.

وأما إذا قلنا: يقبل قوله فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره - فإنا نحكم بأن النكاح وقع صحيحا، ولا نحكم ببطلانه فيما مضى؛ لأن ذلك يضر بالزوجة. ولكن يحكم بانفساخه من الآن؛ لأنه أقر بتحريمها عليه. فإن كان لم يدخل بها، لزمه نصف المسمى. وإن كان قد دخل بها، لزمه جميع المسمى، فإن كان فى يده كسب، استوفى المهر منه، وإن لم يكن فى يده كسب، استوفى مما يكسبه من الآن؛ لأنه لو تزوج بإذن المولى، لكان المهر من كسبه؛ فكذلك هاهنا مثله.

فصل: وإن جنى اللقيط على غيره عمدا بعد أن أقر بالرق، وجب عليه القود، سواء كان المجنى عليه حرا أو عبدا؛ لأن ذلك يضره، وإن كانت جنايته على غيره خطأ، ففيه ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: قال الشيخ أبو حامد: يتعلق الأرش برقبته على القولين؛ لأنا قد حكمنا بأن أرش هذه الجناية فى بيت المال، والآن قد أقر بالرق، وهذا يضره، فقبل، فيؤخذ بالأرش من ماله إن كان بيده مال. وإن لم يكن بيده مال، أو كان ولم يف، بيعت رقبته؛ ولم يذكر المصنف غير هذا الوجه.

والوجه الثاني: قال القاضى أبو الطيب: إن قلنا: لا يقبل قوله فيما يضر غيره، كان الأرش فى بيت المال؛ لأن كونه فى بيت المال أنفع للمجنى عليه؛ لأن الرقبة قد لا تفى بالجناية، وربما تلفت قبل استيفاء الأرش منها؛ فيسقط الأرش.

والوجه الثالث: قال ابن الصباغ: إذا قلنا: يقبل قوله فيما يضر غيره، لم يكن للمجنى عليه حق فى بيت المال، بل يتعلق حقه فى رقبة اللقيط. وإن قلنا: لا يقبل قوله فيما يضر غيره، وكان الأرش أكثر من قيمة الرقبة - استحق المجنى عليه قيمة الرقبة، ووجب ما زاد له فى بيت المال؛ لأنه قد تعلق حقه فى بيت المال؛ فلا يسقط بقول الجانى.

وأما إذا جنى على اللقيط بعد أن أقر بالرق، نظرت:

فإن كانت الجناية عليه عمدا، فإن كان الجانى عليه عبدا، وجب عليه القود؛ لأنه

مكافئ له، وإن كان الجانى عليه حرا، لم يجب عليه القود؛ لأن العبد لا يستحق القود على الحر، ويكون عليه من الأرش ما على المخطئ عليه.

وإن كانت الجناية عليه خطأ؛ بأن قطع رجل يده خطأ: فإن كان نصف القيمة أقل من نصف الدية، أو كانا سواء - وجب على الجانى نصف القيمة. وإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية، فإن قلنا: يقبل إقراره فيما يضره ويضر غيره، لزم الجانى نصف القيمة. وإن قلنا: لا يقبل قوله فيما يضر غيره، لزمه نصف الدية لا غير.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجلٍ، وكذبه الرجل - سقط إقراره؛ كما لو أقر له بدارٍ فكذبه.

وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر - لم يقبل، وقال أبو العباس: يقبل؛ كما لو أقر لرجلٍ بدارٍ فكذبه ثم أقر بها لآخر.

والمذهب الأول؛ لأن بإقراره الأول قد أخبر أنه لم يملكه غيره، فإذا كذبه المقر له - رجع إلى الأصل، وهو أنه حر؛ فلم يقبل إقراره بالرق بعده، ويخالف الدار؛ لأنه إذا كذبه الأول - رجع إلى الأصل، وهى مملوكة؛ فقبل الإقرار بها لغيره.

(فصل) وإن بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده فأنكره: فالقول قوله؛ لأن الأصل الحرية.

وإن طلب المدعى يمينه، فهل يحلف؟ يبنى على القولين فى إقراره بالرق، فإن قلنا: يقبل - حلف؛ لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق.

وإن قلنا: لا يقبل لم يحلف؛ لأن اليمين إنما تعرض؛ ليخاف، فيقر.

ولو أقر - لم يقبل، فلم يكن فى عرض اليمين فائدة، وبالله التوفيق.

(الشرح) الأحكام: إذا أقر اللقيط بالرق، ولم يسبق منه تصرف يناقض ما أقر به، قبل إقراره.

وعن رواية صاحب التقريب قول: إنه لا يقبل؛ لأنه محكوم بحريته بالدار؛ فلا يغير بإقراره؛ كمن حكم بإسلامه بالدار، ثم بلغ، ووصف الكفر، ولو كذبه المقر له، سقط، حق المقر له لتكذيبه[1]. فإن أقر اللقيط بعد ذلك أنه عبد لآخر، أو

(١) ينظر: الكفاية خ .

صادفه المقر له الأول - فقد قال أبو العباس: يقبل.

وهكذا لو أنكره الثانى، فأقر الثالث قبل منه، وبه قال أهل العراق؛ استدلالا بأنه لو أقر بنسبه لرجل، فرده، ثم أقر بنسبه لغيره - جاز؛ فكذلك إذا أقر برقه لرجل، فرده، ثم أقر به لآخر - جاز. وهكذا لو أقر بدار فى يده لرجل، فرد إقراره، ثم أقر بها لغيره - نفذ إقراره، فكذلك فى الرق؛ لأنه لا يخلو من أن يجرى مجرى النسب، وقد ذكرنا جواز ذلك فيه، أو مجرى المال، وقد ذكرنا جوازه فيه والمنصوص: أنه لا يقبل، وبه جزم الفورانى. وما قاله أبو العباس ومن وافقه من أهل العراق خطأ من وجهين:

أحدهما: أن إقراره بالرق للأول إقرار بأنه لا رق عليه لغير الأول، فإذا رد الأول الإقرار، فقد رفع رقه عنه بالإنكار؛ فصار إقراره بالرق إذا رد كالعتق؛ فلم يجز أن يقر بعد الرق.

والثانى: أن فى الحرية حقا لله - تعالى - وحقا للآدمى؛ فصار أغلظ من حق الله تعالى إذا تجرد ومن حق الآدمى إذا انفرد؛ فلم يكن لمن جرى حكمه عليه أن يدفعه عن نفسه.

فأما ما استدل به من إقراره بالنسب، فقد كان بعض أصحابنا يضيق عليه الفرق بينهما، فيجعل الحكم فيهما سواء، ويقول: إذا رد إقراره بالنسب، لم أقبله إذا أقر به من بعد؛ كما لو رد فى العتق لم أقبله من بعد.

وذهب سائر أصحابنا الى أنه يقبل فى النسب، ولا يقبل فى الرق. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن إنكاره الرق يقتضى أن لا رق، وليس إنكاره للنسب موجبا لرفع النسب.

والثانى: أن من أنكر شيئا، ثم أقر به، قُبل منه. ومن أنكر الرق، ثم أقر به، لم يقبل منه، وأما الإقرار بالدار: فإذا رده المقر له لم يقبل إقرار المقر بها لغيره، وإنما جعل الثانى أحق بها من حيث إنه لا منازع له فيها، ولا بد لكل ملك من مَالك، وليس كذلك اللقيط؛ لأنه قد يكون حرا، وليس له مالك.

فإذا تقرر ما وصفنا قيل للثانى: إن أقمت البينة على رقه، حكم لك به؛ لأن البينة توجب رقه وإن كان معترفا بالحرية؛ فكانت بإثبات رقه فى هذه الحال أولى.

فرع: ولو أن لقيطا أقر بالبنوة لرجل، ثم أقر بالرق بعده لآخر - قبلنا إقراره لهما بالبنوة والرق؛ لأنه ليس يمتنع أن يكون ابنا لزيد وعبدا لعمرو. ولو ابتدأ فأقر بالرق لرجل، ثم أقر بعده بالبنوة لآخر - نفذ إقراره بالرق المتقدم ولم ينفذ إقراره بالبنوة المتأخرة؛ لأن العبد لا يقبل إقراره بأب إلا بتصديق السيد؛ لما فيه من إبطال الإرث بالولاء. وليس كذلك إذا قدم الإقرار بالأب، ثم أقر بعده بالرق[1].

فصل: وإن ادعى رجل على اللقيط أنه عبده، فأنكر اللقيط أنه عبده، ثم أقر له بعد ذلك - قال المسعودى: قبل إقراره له؛ كما لو ادعى الزوج أنه راجع امرأته فى عدتها، فأنكرت، ثم أقرت بصحة الرجعة.

وإن أنكر اللقيط فأقام المدعى ببينة، حكم له بملكه، وكان حكمه حكم الرقيق فى التصرفات قبل قيام البينة وبعدها، سواء تقدم منه إقرار بحريته أو لم يتقدم. وإن لم يكن مع المدعى بينة، وسأل اللقيط أن يحلف له: فإن كان قد تقدم من اللقيط إقرار بالحرية، لم يحلف؛ لأنه لو أقر له بالرق لم يقبل إقراره، فلا فائدة فى عرض اليمين. وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية: فإن قلنا بقول عامة أصحابنا: يقبل إقراره بالرق قولا واحدا، حلف؛ لجواز أن يخاف من اليمين فيقر.

وإن قلنا بقول أبى الطيب بن سلمة، هل يقبل إقراره بالرق؟ فيه قولان:

فإن قلنا: يقبل، حلف؛ لجواز أن يخاف من اليمين فيقر.

وإن قلنا: لا يقبل إقراره، لم يحلف؛ لأنه لو خاف من اليمين فأقر بالرق، لم يقبل إقراره؛ فلا فائدة فى اليمين.

قال العمرانى: وينبغى أن ينى على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه، فإن قلنا: إنها كالبينة، عرضت اليمين على اللقيط على هذا القول أيضا؛ لجواز أن ينكل عن اليمين، فيحلف المدعى؛ فيكون كما لو أقام البينة.

وإن قلنا: إنها كالإقرار، لم تعرض. هذا وقد سبقت أحكام أخرى لادعاء رق اللقيط بيناها فى شرحنا لقول المصنف: «وإن ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل إلا ببينة. . . إلخ» والله أعلم.

---

(١) ينظر: الحاوى (٨/ ٦٦، ٦٧).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب الوقف

الوقف قربة مندوب (إليها)؛ لما روى عبد الله بن عمر، أن عمر - رضى الله عنه - أتى النبى ﷺ وكان قد ملك مائة سهم من خيبر فقال: قد أصبت مالًا لم أصب مثله، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله - تعالى -: فقال: «حبس الأصل وسبل الثمرة».

(الشرح) حديث عبد الله بن عمر أخرجه البخارى[1]، ومسلم[2]، وأبو داود[3]، والترمذى[4]، والنسائى[5]، وابن ماجه[6]، وأحمد[7]، وابن الجارود فى المنتقى[8]، والدارقطنى[9]، و ابن خزيمة[10]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[11]، وأبو نعيم فى الحلية[12]، والبيهقى[13]، والبغوى فى شرح السنة[14] كلهم من طريق نافع عن ابن عمر عن عمر، به. وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

قوله: (الوقف): أما الوقف فى اللغة:

فالحبس، مصدر: وقفت أقف، وأوقفت: لغة رديئة. قال ابن جنى: أخبرنى أبو

---

(١) (٥/٤١٨) كتاب الشروط، باب: الشروط فى الوقف حديث (٢٧٣٧)، (٥/ ٤٦٠) كتاب: الوصايا، باب: وما للوصى أن يعمل حديث (٢٧٦٤)، (٥/٤٦٨) كتاب الوصايا حديث (٢٧٧٢).

(٢) (٣/ ١٢٥٥) كتاب: الوصية، باب: الوقف حديث (١٥/ ١٦٣٢).

(٣) (٢/ ٣٠) كتاب: الوصايا، باب: ما جاء فى الرجل يوقف الوقف حديث (٢٨٧٨).

(٤) (٣/ ٦٥٩) كتاب: الأحكام، باب: فى الوقف حديث (١٣٧٥).

(٥) (٦/ ٢٣٠) كتاب: الأحباس، باب: كيف يكتب الحبس حديث (٣٥٩٩).

(٦) (٢/ ٨٠١) كتاب: الصدقات، باب: من وقف حديث (٢٣٩٦).

(٧) (٢/ ١٢ - ١٣، ٥٥، ١٢٥).

(٨) (٣٦٨).

(٩) (٤/ ١٨٦) كتاب: الأحباس حديث (٧).

(١٠) (٤/ ٦١٧) رقم (٢٤٧٦).

(١١) (٤/ ٩٥).

(١٢) (٨/ ٢٦٣).

(١٣) (٦/ ١٥٩) كتاب: الوقف، باب: الصدقات المحرمات.

(١٤) (٤/ ٤١٨).

على الفارسى، عن أبى بكر، عن أبى العباس، عن أبى عثمان المازنى قال: يقال: وقفت دارى وأرضى، ولا يعرف «أوقفت» فى كلام العرب.

وقال الجوهرى: وليس فى الكلام «أوقفت» إلا حرف واحد: أوقفت على الأمر الذى كنت عليه. ثم اشتهر المصدر، أى: الوقف فى الموقوف، فقيل: هذه الدار وقف، أى: موقوفة، كنسج اليمن، بمعنى: منسوج اليمن؛ ولذا جمع على أفعال، فقيل: وقف وأوقاف؛ كوقت وأوقات[1].

ومنه قوله عنترة: [من الكامل]

ووقفت فيها ناقتى فكأنها فدن لأقضى حاجة المتلوم[2]

ووقفت الدار للمساكين، معناه: منعت أن تباع أو توهب أو تورث. ووقف الرجل: إذا قام ومنع نفسه من المضى والذهاب، ووقفت أنا، أى: ثبت مكانى قائمًا، وامتنعت من المشى، كله بغير ألف، قال بشر بن أبى خازم [من الوافر]:

ونحن على جوانبها وقوف نغض الطرف كالإبل القِماح[3]

وهو أحد ما جاء على (فعلته ففعل) يأتى لازمًا ومتعديًا، ويجتمعان فى مثل قولهم: وقفت زيدًا أو الحمار فوقف، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْـُٔولُونَ﴾ [الصافات: ٢٤]، ومنه قول ذى الرمة: [من الطويل]

وقفت على ربع لمَيَّةَ ناقتى فما زلت أبكى عنده وأخاطبه[4]

ومحصلة القول: أن الوقف فى اللغة يفيد مطلق الحبس، وإن تعددت أنواعه.

وأما الوقف فى اصطلاح الفقهاء

فعند الشافعية: حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته

---

(١) ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٨٥)، وفعلت وأفعلت لأبى حاتم ص (١٥٨)، وتهذيب اللغة (٩/ ٣٣٣)، والمصباح (وقف)، وتاج العروس (٢٤/ ٢٤٦٨) (وقف)، واللسان (وقف)، وتحرير التنبيه (٢٥٩) .

(٢) ينظر: ديوانه ص (١٨٨)، كتاب العين (٨/ ٥١)، أساس البلاغة (لوم) .

(٣) ينظر: ديوانه ص (٤٨)، اللسان (قمح)، تاج العروس (قمح)، المخصص (٧/ ١٠٠)، (١٦/ ١٣٤)، ديوان الأدب (١/ ٤٥٦)، تهذيب اللغة (٤/ ٨١)، أساس البلاغة ص (٣٧٧) (قمح)، وبلا نسبة فى كتاب العين (٣/ ٥٥)، جمهرة اللغة ص (٥٦٠) .

(٤) ينظر: ديوانه ص (٨٢١)، أدب الكاتب ص (٤٦٢)، الدرر اللوامع (٢/ ١٥٥)، شرح أبيات سيبويه (٢/ ٣٦٤)، الكتاب (٤/ ٥٩)، اللسان (سقى)، (شكا)، وبلا نسبة فى أوضح المسالك (١/ ٣٠٧)، شرح الأشمونى (١/ ١٣٠)، همع الهوامع (١/ ١٣١) .

على مصرف مباح وجهته[(١)].

قولهم: (حبس) الحبس: قطع التصرف فى ذات الشىء. وهو يطلق على كل حبس، سواء الوقف أو غيره.

وقولهم: (مال) المراد بالمال: العين المعينة، لا الدراهم والدنانير؛ لأنها تنعدم بصرفها، فلا يبقى لها عين موجودة.

وقولهم: (يمكن الانتفاع به) أى: حالًا، أو مآلًا؛ كالجحش الصغير.

وقولهم: (مع بقاء عينه) أى: انتفاعًا مصاحبًا لبقاء عينه.

وقولهم: (بقطع التصرف) متعلق بـ (حبس)، والمراد بالقطع: المنع، والباء هنا للملابسة، أو التصوير، يعنى: أن الحبس متصور بقطع... إلخ، أو متلبس به.

وقولهم: (فى رقبته) المراد بالرقبة: الذات، أى: ذاته متعلقة بالتصرف.

وقولهم: (على مصرف) متعلق بـ (حبس) أيضًا وهو الموقوف عليه.

وقولهم: (مباح) خرج المحرم؛ فلا يصح الوقف عليه.

وقولهم: (وجهته) قال فى «فتح الجواد»: كذا عبر به بعضهم، والأولى حذف آخرين لـ «وجهته»، لإيهامه وعدم الاحتياج إليه؛ لشمول ما قبله.

وهذا التعريف شامل للأركان الأربعة للوقف، وعلى معظم الشروط.

وعند الحنفية:

اختلف المصنفون فى تحديد الوقف عند الحنفية؛ بسبب ما روى من الخلاف الذى حدث بين الإمام وصاحبيه، بالنسبة لجوازه وعدم جوازه، وتفسيرهم لمعنى كلمة (الجواز):

فقد عرفه شارح الهداية بأنه: (حبس العين على ملك الواقف، والتصرف بالمنفعة بمنزلة العارية).

وعند الصاحبين: (حبس العين على حكم ملك الله تعالى).

وعرفه صاحب (الإسعاف) بقوله: (حبس العين على حكم ملك الواقف، أو عن التمليك والتصدق بالمنفعة ولو فى الجملة على اختلاف الرأيين)[(٢)].

---

(١) ينظر: إعانة الطالبين (٢/ ١٥٧)، الشرقاوى على التحرير (٢/ ١٦٥)، نهاية المحتاج (٥/ ٣٥٨)، الإقناع (٢/ ٨١).

(٢) ينظر: الوقف للشيخ أحمد بدوى طولان (٣ - ٩)، الهداية (٣/ ١٣)، مجمع الأنهر (١/ ٧٣١).

وهذا التعريف هو أشمل التعريفات وأوضحها، ومن ثم سنقوم بشرحه هو فقط.

قولهم: (حبس) ذكر هذا اللفظ جعل الزيادة تعريفًا للوقف اللازم؛ لأن غير اللازم لا حبس فيه. ولأنه غير ممنوع من بيعه وهبته، بخلاف اللازم؛ فإنه محبوس حقيقة مكان الحبس على حكم ملك الواقف حبسًا عن التمليك.

قولهم: (حكم) قيل: إن زيادة هذا اللفظ فى التعريف؛ ليكون تعريفًا للوقف اللازم المتفق عليه، أما غير اللازم فإنه باق على ملك الواقف حقيقة عند الإمام؛ لأنه غير ممنوع من التصرف فيه ببيع ونحوه.

وقيل: ليفيد أن المراد أنه لم يبق على ملك الواقف ولا انتقل إلى ملك غيره، بل صار على حكم ملك الله - تعالى - الذى لا ملك فيه لأحد سواه، وإلا فالكل ملك لله تعالى.

قولهم: (ملك الواقف) ذكر فى التعريف إشارة إلى أن الموقوف قبل الحبس كان موصوفًا بالملكية للواقف على سبيل المجاز، وبالحبس صار ملكًا لله - تعالى - حقيقة، كما كان قبل أن يصل إلى ملك الواقف، وبناء عليه: فالسمك فى الماء والطير فى الهواء، وكل ما فيه الإذن بالانتفاع فقط لا يملكها حقيقة من سوغت له بأسبابها الشرعية، فالتصرف خاص بالمنفعة دون الأعيان؛ لأن العين لا يملكها إلا الله - تعالى - بالإيجاد والإعدام والإماتة والإحياء، وتصرف العباد فى المنافع فقط بالأكل والشرب ونحوه.

يتضح من ذلك أنه ليس ثمة شىء إلا الانتفاع بالموقوف لمن توافرت فيه شروط الوقف.

قولهم: (ولو فى الجملة) للإشارة إلى صحة الوقف على نفسه، ثم على الفقراء، أو على الأغنياء.

قولهم: (التصدق) المراد ابتداء وانتهاء ضرورة التصريح بالتأبيد، أو ما يقوم مقامه؛ فلا يصح صرف الصدقة إلى الأغنياء أو على نفسه أولًا، ثم على الفقراء؛ لأن ذلك استثناء فاشتراط صرفه لا يخرجه عن كونه ابتداء، وقد صرح فى الذخيرة بأن التصدق فيه نوع قربة للفقير[1].

(١) ينظر: أصل الوقف وشروط الواقفين للشيخ عبد الهادى سليمان (ص ٢ - ٥).

وعند المالكية:

ذهب ابن عرفة على عادته فى ذكر الحدين، فقال فى المعنى المصدرى: (إعطاء منفعة شىء مدة وجوده لازمًا بقاؤه فى ملك معطيه ولو تقديرًا)[1].

قوله: (إعطاء) مناسب جنسية المعنى المصدرى؛ لأنه من مقولته.

اعتراض: فإن قيل: التمليك والإعطاء هل هما مترادفان؟

فالجواب: قلت: ما وقع للشيخ فى حد العطية فى باب الهبة مع ما هنا يدل على الترادف؛ لأنه قال: العطية تمليك متمول بغير عوض إنشاء.

قوله: (منفعة) خرج به إعطاء ذات، كالهبة.

قوله: (شىء) أطلق الشيخ - رحمه الله - فى الشىء ولم يقل: منفعة مال أو متمول؛ لأن الشىء أعم، لكنه رأى تخصيصه بما فى كلامه من بقاء ملكه؛ وذلك يخص الشىء بالمتمول.

فإن قيل: إذا اكترى أرضًا عشر سنين ليصيرها حبسًا فى تلك المدة فكيف يصدق عليها حد الشيخ؟

قلت: هذه الصورة ذكروها فى الحبس، وقالوا: لا يشترط أن يكون الحابس مالك الرقبة، بل هو أعم كالمنفعة.

قوله: (مدة وجوده) خرج به العاريَّة والعمرى والعبد المُخْدَم حياته يموت قبل موت ربه.

وخروج العاريَّة والعمرى ظاهر؛ لأن المنفعة ليست مدة وجود ذلك، وأما العبد المخدم مدة حياته يموت، فهو خارج أيضًا؛ لأن اللزوم فى بقاء الملك يخرج ذلك؛ ولذا قال ابن عرفة بعدم لزوم بقائه فى ملك معطيه؛ لجواز البيع بالرضا، فخاصية الوقف عدم جواز بيعه مطلقًا تحقيقًا أو تقديرًا، ويمكن أن يكون معناه: ولو تقديرًا.

قوله: (ولو تقديرًا) حذفت منه (كان) أى: ولو كان اللزوم تقديرًا، أو الملك تقديرًا؛ فلزوم بقاء الملك من خاصية الوقف، وإن كان عدم اللزوم فى الملك تقديرًا، فليس من خاصية الوقف، وما حَدَّ به الشيخ ابن عبدالسلام إعطاء منافع على سبيل التأبيد رده عليه ابن عرفة - رحمه الله - وأبطل طرده بصورة المخدم.

---

(١) ينظر: الشرح الصغير (٥/ ٣٧٣).

وقال ابن عرفة - رحمه الله -: ولا يرد بأن جواز بيعه يمنع اندراجه تحت التأبيد؛ لأن التأبيد إنما هو فى الإعطاء؛ وهو صادق على المخدم فى لزوم بقائه فى ملك معطيه، هذا هو الحد المصدرى للوقف.

أما حده الاسمى: فما أعطيت منفعته... إلخ.

وبيانه مما تقدم فى المصدرى.

وكلام الشيخ ابن عرفة صريح بأن الحبس على ملك المحبس، وبذلك صرح الباجى، وهو المأخوذ من كتاب الزكاة، خلاف قول اللخمى؛ لأنه قال: الحبس يسقط الملك. وهو غلط.

فإن قيل: كيف قالوا: إنه غلط، وحيث ذكروا الملك، وعرفوه - ذكروا ما يشهد لقوله؛ فإنهم قالوا: الملك استحقاق التصرف فى الشىء بكل أمر جائز؛ فعلًا أو حكمًا، والمحبس لا يستحق التصرف بل يمنع منه، فتحبيسه مانع منه؛ وإذا منع من اللازم للملك، منع الملك؛ فلا ملك له فيه.

قيل: إن ذلك أمر عارض منع لازم الملك. وفيه ما لا يخفى.

فإن قيل: القرافى ذكر الإجماع فى حبس المساجد، أنه إسقاط ملك من الحبس؛ ولذلك صحت الجمعة فيه، فكلامه يرد على حد الشيخ رحمه الله.

قيل: إنه كان يمر لنا ذلك، وإنه مشكل فى كلام القرافى.

وعند الحنابلة: هو تحبيسُ مالكٍ مُطْلَقِ التصرف مالَهُ المنتفع به مع بقاء عينه، بقطع تصرفه وغيره فى رقبته يصرف ريعه إلى جهة برٍّ؛ تقربًا إلى الله تعالى[1].

قولهم: (تحبيس مالك) أى: بنفسه أو وكيله، و (مالك) متعلق بـ «تحبيس» على أنه مبين له، أى: إمساك المال عن أسباب التمليكات بقطع تصرف مالكه.

قولهم: (مطلق التصرف) وهو: المكلف الحر الرشيد.

قولهم: (ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغير فى رقبته).

أى: المال.

قال الحارثى: معنى تحبيس الأصل: إمساك عن أسباب التمليكات مع قطع ملكه فيها، وقوله: (وغيره فى رقبته) بشىء من التصرفات.

---

(١) ينظر: كشاف القناع (٤/ ٢٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٩٧).

قولهم: (يصرف ريعه) أى: غلة المال وثمرته ونحوها بسبب تحبيسه.

قولهم: (إلى جهة برٍّ) بعينها واقفة.

قولهم: (تقربًا إلى الله تعالى) بأن ينوى به القربة، وهذا فى وقف يترتب عليه الثواب؛ فإن الإنسان قد يقف على غيره توددًا، أو على أولاده خشية بيعه بعد موته وإتلاف ثمنه، وهو وقف لازم لا ثواب فيه؛ لأن لم يبتغ به وجه الله تعالى.

وقوله: (قربة مندوب إليها)[(١)] القربة: ما يتقرب به إلى الله - تعالى - من القرب ضد البعد.

و (مندوب) يقال: ندبه لشىء فانتدب، أى: دعاه إلى فعله ففعل، وهو: ما يُدعى إليه من فعل الخير من غير وجوب.

وقوله: (حبس الأصل) أى: جعله حبسًا ووقفًا بحيث تكون عين المال باقية خالدة لا يتطرق إليها طريق من طرق التصرفات التى تنقل الملك كالبيع والهبة والإقرار، ونحو ذلك. وأصل الحبس: المنع الذى هو ضد التخلية. والحبس بالضم: الوقف، وحبس - بالتشديد - للتكثير[(٢)].

قوله: (سبل الثمرة)[(٣)] اجعل لها سبيلًا، أى طريقًا لمصرفها، والسبيل: الطريق[(٤)].

الأحكام: إن الله جلت قدرته، وعلت حكمته، وعمت رحمته قد أراد النفع لعباده، وأحسن إليهم ببيان سبل الخيرات، سواء أكان النفع فى دنياهم أم فى آخرتهم، فشرع لهم الوقف؛ حفظًا لأموالهم التى جعل الله لهم قيامًا، من أن تعبث بها يد السفهاء، وإدامة لعملهم الصالح فى الحياة الدنيا وبعد انتقالهم منها؛ ليصل ثوابه إليهم دائمًا، فضلًا منه وكرمًا، يشير إلى ذلك قول الصادق المصدوق ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له»[(٥)] ولذا ذكر صاحب «الفتح» محاسنه بقوله: ومحاسن الوقف ظاهرة؛ لما

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٨٥).

(٢) ينظر: الصحاح (حبس)، والمحكم (٣/ ١٥٢)، واللسان (حبس)، النهاية (١/ ٣٢٩)، المغنى (١/ ٤٤٧، ٤٤٨).

(٣) ينظر: النظم (٢/ ٨٦).

(٤) ينظر: المجموع المغيث (١/ ٣٩٠)، الفائق (١/ ٢٥٤)، النهاية (١/ ٣٢٩)، (٢/ ٣٣٩).

(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٥٥) كتاب الوصية: باب ما يلحق الإنسان من الثواب حديث (١٤/ =

فيه من إدامة العمل الصالح، كما فى الحديث المعروف: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية. . .) الحديث. ويقول الإمام ولى الله الدهلوى فى كتابه «حجة الله البالغة» ٢/ ٨٧: ومن التبرعات الوقف، وكان أهل الجاهلية لا يعرفونه: فاستنبطه النبى ﷺ لمصالح لا توجد فى سائر الصدقات؛ فإن الإنسان ربما يصرف فى سبيل الله مالًا كثيرًا ثم يفنى، فيحتاج أولئك الفقراء تارة أخرى، ويجىء أقوام من الفقراء فيبقون محرومين؛ فلا أحسن، ولا أنفع للعامة، من أن يكون شىء حبسًا للفقراء، وأبناء السبيل، تصرف عليهم منافعه، ويبقى أصله على ملك الواقف[1].

إذا ثبت هذا: فإن الوقف يصح، ويلزم بالقول ولا يفتقر إلى القبض. وبه قال مالك وأبو يوسف.

وقال محمد بن الحسن وابن أبى ليلى: يصح الوقف، ولكن يفتقر إلى القبض.

وقال أبو حنيفة: لا يصح الوقف أصلا؛ ولكن أصحابه استشنعوا هذا، فقالوا: يصح الوقف، ولكن لا يلزم، بل له بيعه وهبته. ولا يلزم إلا فى موضعين: إما أن يحكم به الحاكم، أو يوصى الواقف به.

دليلنا: ما روى نافع، عن ابن عمر: أن عمر - رضى الله عنهما - ملك مائة سهم بخيبر ابتاعها، فأتى النبى ﷺ وقال: يا رسول الله؛ إنى ملكت مالا لم أملك مثله قط، وأردت أن أتقرب به إلى الله تعالى. فقال ﷺ: «حَبِّسِ الْأَصْلَ، وَسَبِّلِ

= ١٦٣١) والبخارى فى «الأدب المفرد» (قسم ٣٨) وأبو داود (٢/ ١٣١) كتاب الوصايا: باب ما جاء فى فضل الصدقة عن الميت حديث (٢٨٨٠) والترمذى (٣/ ٦٦٠) كتاب الأحكام: باب فى الوقف حديث (١٣٧٦) والنسائى (٦/ ٢٥١) كتاب الوصايا: باب فضل الصدقة على الميت، وأحمد (٢/ ٣٧٢) وابن خزيمة (٤/ ١٢٢) رقم (٢٤٩٤) وأبو يعلى (١١/ ٣٤٣) رقم (٦٤٥٧) وابن الجارود فى «المنتقى» رقم (٣٧٠) والدولابى فى «الكنى والأسماء» (١/ ١٩٠) والطحاوى فى «مشكل الآثار» (١/ ١٩٠) والبيهقى (٦/ ٢٧٨) كتاب الوصايا: باب الدعاء للميت وابن عبد البر فى «جامع بيان العلم وفضله» (١/ ١٥) والبغوى فى «شرح السنة» (١/ ٢٣٧)، كلهم من طريق العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبى هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

وقال: الترمذى هذا حديث حسن صحيح .

(١) ينظر الوقف، لياسين حسين .

الثَّمَرَةَ». قال: فتصدق به عمر - رضى الله عنه - فى الفقراء، وفى القربى، وفى الرقاب، وفى سبيل الله، وابن السبيل، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، لا جناح على من وليها أن يأكل منها غير متأثِّل مالا، تنظر فيها حفصة ما عاشت، فأما إذا ماتت فذوو الرأى من أهلها. يعنى: من أهل الوقف.

فوجه الدليل من الخبر أن عمر - رضى الله عنه - سأل النبى ﷺ عن جهة التقرب، فقال: «حبس الأصل»؛ فاقتضى الظاهر أن القربة تحصل بنفس الحبس، ولم يعتبر حكم الحاكم به بعد الوقف، ولا الوصية به.

قال الشافعى: ومعنى قوله ﷺ: «حَبِّسِ الأَصْلَ» أى: بما عليه الأموال المطلقة، فلا تباع ولا توهب ولا تورث؛ إذ لا معنى لقوله: «حَبِّسِ الأَصْلَ» إلا هذا.

وأيضًا: فإن عمر حبس، وقال: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»، وهذا بيان حكم الوقف.

ومعلوم: أن عمر كان جاهلا بأصل الوقف حتى سأل النبى ﷺ، فكيف يجهل أصل الوقف، ويعلم حكمه! فعلم أنه إنما ذكر هذا الحكم بتوقيف من النبى ﷺ. وإن لم يكن بتوقيف منه، فلا يجوز أن يخفى هذا على النبى ﷺ؛ فلما لم ينكره دل على أن هذا حكم الوقف.

وروى عن أبى بكر، وعثمان، وطلحة أن كل واحد منهم وقف داره[1].

وروى: أن فاطمة وقفت على بنى هاشم، وبنى المطلب. ووقف على عليهم، وأدخل معهم غيرهم[2].

وروى عن جابر: أنه قال: لم يبق فى أصحاب النبى ﷺ من له مقدرة إلا وقد وقف.

وروى: أن عمرو بن العاص قدم من اليمن إلى المدينة، فقال: لم يبق فى المدينة لأهلها شىء إلا وهو وقف.

وروى: أن عليًّا - رضى الله عنه - حفر بئرًا بـ «ينبع»، فخرج ماؤها مثل عنق البعير. فقيل: بخت الوارث. قال: فتصدق بها على وكتب: هذا ما تصدق به على

---

(١) انظر السنن الكبرى للبيهقى (٦/ ١٦٠ - ١٦١).
(٢) انظر السابق.

ابن أبى طالب؛ ابتغاء وجه الله، وليصرفه عن النار، ويصرف النار عنه، ينظر فيه الحسن ما عاش، ثم الحسين، ثم ذوو الرأى من ولده[(١)].

وهذا إجماع من الصحابة - رضى الله عنهم - على الوقف.

وهذا هو مذهبنا ومذهب من وافقنا. وأما ما حكى عن أبى حنيفة وما يتعلق به من القول بلزوم الوقف وعدم لزومه، فسوف نناقشه بتفصيل واستقصاء فى أحكام الفصل الذى سيعقده المصنف فيما بعد عن لزوم الوقف، إن شاء - الله تعالى -.

ولكن نعرض هاهنا لما ذكره الإمام الشافعى - رضى الله عنه - فى الرد على القائلين بعدم جواز الوقف، فقد قال - رحمه الله - فى «الأم»:

وخالفنا بعض الناس فى الصدقات الموقوفات، فقال: لا تجوز بحال، قال: وقال شريح: جاء محمد ﷺ بإطلاق الحبس قال: وقال شريح: لا حبس عن فرائض الله. فقال الشافعى: والحبس التى جاء رسول الله ﷺ بإطلاقها - والله أعلم- ما وصفنا من البحيرة والوصيلة والحامى والسائبة؛ إن كانت من البهائم.

فإن قال قائل: ما دل على ما وصفت؟

قيل: ما علمنا جاهليا حبس داره على ولده، ولا فى سبيل الله، ولا على المساكين، وحبسهم كانت على ما وصفنا من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى، فجاء رسول الله ﷺ بإطلاقها - والله أعلم - وكان بَيِّنًا فى كتاب الله تعالى إطلاقها.

فإن قال قائل: هو يحتمل ما وصفت، ويحتمل إطلاق كل حبس، فهل من خبر يدل على أن هذه الحبس فى الدور والأموال خارجةٌ عن الحبس المطلقة؟

قيل: نعم، أخبرنا سفيان بن عبدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: جاء عمر إلى النبى ﷺ فقال: يا رسول الله، إنى أصبت مالا لم أصب مثله قط، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله - عز وجل - فقال رسول الله ﷺ: «حبس أصله وسبل ثمرته»[(٢)].

فرع: وبعد هذا كله نعرض للوقف من الناحية الاجتماعية، فنقول: إن نظم الحياة الكونية ترتكز على أساس متين، وفكرة مختمرة فى رءوس المفكرين؛ نتيجة بحث

---

(١) انظر السابق.

(٢) ينظر الوقف لياسين حسين.

عميق ودرس دقيق فى أحوال الأمم وظواهرها. هذه النظرية التى قتلت بحثًا وإثباتًا، وأصبحت فى حكم البدهيات المسلمة: هى سنة تنازع البقاء، أو عاطفة حب البقاء. فكل فرد يناضل فى سبيل الحياة، ويجاهد حتى اللحظة الأخيرة فى سبيل البقاء ولكن هل يراد البقاء لذاته، أم لما فيه من وسائل السعادة والرفاهية؟

يمكننا أن نجزم بأن للملاذ - ماديه، أو معنويه - أكبر تأثير فى تكوين هذه العاطفة وخلقها فى قلب الإنسان.

نرى كثيرًا من البؤساء يقذفون بأنفسهم فى هاوية الدمار والفناء، ويتحملون فى سبيل الخروج من حياتهم المملوءة بالنكد والآلام عذاب الموت بأية وسيلة من وسائل الانتحار؛ ذلك لأنهم لم يروا فى هذه الحياة ما يستحق من أجله البقاء؛ نتيجة يأس عميق، نشأ عن ضعف فى إيمانهم، ووهن فى إرادتهم، وفى سبيل الحصول على هذه السعادة تقذف الأمة بشبابها وزهرة أبنائها فى معارك الحروب تحت رذاذ الرصاص، ومقذوفات المدافع الهائلة، للتضحية والفناء فى سبيل سعادة الشعب ورفاهيته، وسد حاجاته المادية بما تستفيده من استعمار البلدان الأخرى، واستعباد الأمم المستضعفة، واستخدامها فى تنفيذ أغراضها التى ترمى إلى هذه المصلحة العامة.

وقد نهجت الجمعيات طرقًا مختلفة ترمى إلى هذا الغرض نفسه من القيام بأعمال جليلة تؤدى إلى طمأنينة النفوس على مستقبلها، ومستقبل من تحب من مال وبنين، فتحيا حياة هادئة بعيدة عما يزعجها من عوامل القلق والخوف.

ويمكننا أن نقول: إن الوقف بأنواعه وسيلة من وسائل الطمأنينة والمحافظة على النسل فى حالة يطمئن إليها الواقف، ويرتاح لها ضميره الذى دفع به إلى إخراج كل ثروته أو بعضها؛ ليساعد أبناءه على العمل فى معترك هذه الحياة بطمأنينة وهدوء، لا يعوقهم عن إظهار مواهبهم ونبوغهم شظف العيش، ولا نكد الحياة.

وكثيرًا ما يضحى الإنسان بماله؛ فيوقفه على جمعية تبحث عن دواء ناجح يخفف آلام البشرية، أو مِلجأ من الملاجئ ينقذ الأطفال والأيتام من هاوية البؤس والشقاء؛ فيزيد فى الأمة رجالها العاملين.

وكثيرًا ما تضعف الثقة المالية بالأبناء؛ إما لعيب فى خَلْقِهم، أو لفساد فى خُلقِهم، فلا يجد الآباء أنفسهم إزاء هذا الموقف إلا أن يؤمنوا على مستقبل هذا الخلف الفاسد؛ طمعًا فى صلاحه على مر الزمن، أو حرصًا على مستقبل أبناء

هؤلاء، فلربما ينشأ منهم من يصلح لإفادة البشرية بنبوغه وذكائه، ويكون العالم مدينا بخدماته التى يقوم بها نحو الإنسانية، فلو لم يجد أمامه سعة من المال تسد حاجته المادية لاصطدم بصخرة الفقر القاسية، فيخسر العالم مواهبه.

وكثيرًا ما يعانى الإنسان فى حياته من نكبات ومصائب ومحن وشدائد فى سبيل الحصول على ثروته، وقد تجرع كأس الآلام حتى الثمالة فى سبيل الوصول إليها ويخشى إن تركها لأبنائه مطلقة أن يعبثوا بها ويبددوها؛ فيصبحوا كحالته التى يُشفق عليهم من الوقوع فى مثلها، فيقف عليهم عقاره وأطيانه تدر عليهم من الخيرات والنعم ما يجعلهم فى أرغد عيش وأيسر حال.

كل ذلك يشجعنا على القول بأن الوقف تقتضيه الطبائع البشرية، وأساس متين من أسس النظام الاجتماعى وأعظم تشريع يصل بالنفوس الطاهرة إلى غايتها المقدسة من خدمة البشرية وسعادة الإنسان. فإلغاء الأوقاف وحلها انتهاك لحرمة تصرف الإنسان وقضاء على أغراضه التى يرمى إليها، ويقصد بها سعادة بنيه والمجتمع البائس.

وإذا كنا نحترم الشخص فى حياته، فلا نجرؤ على بيع وقفه؛ أفنتعدى عليه بعد موته! وهو فى هذه الحالة أشد حرمة من ذى قبل! ولذلك ألزم الشارع تنفيذ وصيته عند صحتها، فمن ترك أمواله وقفًا على أبنائه تدر عليهم الخير الأبدى، لو علم أن تصرفه سيلغى، وأن أغراضه التى يرمى إليها فى حياته من المحافظة على شرف عائلته من أن تدنسه جرائم الفقر، سيقضى عليها - لما أقدم على عمله بهذه الطريقة، ولذاب أسى وألما من هذا التدخل غير المشروع، بل ربما عمد إلى وسيلة أخرى تحقق له هذه الأمنية، وهى أن يشترى سندات مخلدة - أى: دائمة - كما هو متبع فى بعض الدول، يصرف ربحها على الجهة التى يريدها، وفى هذا من التضييق فى الشريعة ما هى براء منه، فقد جاءت الشريعة بقانون ينظم شئون الوقف؛ ليؤدى النتيجة التى شرع من أجلها، فكان من أهم المشاريع الاجتماعية التى مهدت للإنسان أفضل طريق للبر والإحسان يصل به إلى غرضه الخيرى.

ولكن وقد فسد الزمن بفساد رجاله، عبثت أيدى الطامعين فى هذه الأموال المرصودة لخير الإنسان وسعادته، وتغلبت الأهواء الشريرة على نفوس هؤلاء؛ فلم يراعوا فى الله إلًّا ولا ذمةً، وداسوا النظم، وحطموها بأقدامهم، مستغلين تهاون القضاء فى إنزال أشد العقاب بهم، ورتعوا فى بحبوحة الفساد، وكانت بعض

الأوقاف محلا للنزاع والشقاق ومرعًى خصيبًا للنظار والقائمين بشئونها، شأن كل قانون تتهاون السلطة المختصة فى تطبيقه.

استغل هذه الفوضى الاجتماعية بعض المتطرفين من دعاة التجديد وأعداء كل قديم وإن كان مناسبًا لحالتنا الاجتماعية ومركزنا الدينى، فحملوا على الوقف حملة شعواء منادين بإلغائه، رافعين عقيرتهم بإبطاله، معتمدين فى ذلك على حجج واهية وأدلة ضعيفة، لو أعارها منصف قليلًا من النظر لما وجد فيها ما يرجع إلى ذات الوقف، ولكن السفسطة والجدل، لا لإظهار الحق، بل للتغلب على الخصم؛ لهوى فى النفس خلقت منها أسبابًا تبرر موقفهم الجرىء فى إلغاء الوقف.

يقولون إن من أبرز أضرار الوقف ما يأتى:

١ - مانراه ونشاهده كل يوم من انتشار البطالة والكسل بين أفراد الموقوف عليهم.

٢ - ما هو مشهور من النزاع المستحكم بين النظار والمستحقين واستخدام هؤلاء أمامهم

٣ - إن الوقف يتضاءل ريعه بتعاقب الطبقات حتى يصل نصيب الواحد من المستحقين إلى شىء لا ينتفع به، وهذا فيه ضرر عظيم؛ لأن الوقف وسيلة لحرمان بعض الورثة، والإضرار بالورثة، وكل ما هو كذلك فهو حرام.

إلى غير ذلك من الأضرار التى أتوا بها.

أما الضرر الأول: فنظرة بسيطة تكفى لأن نعرف السبب الحقيقى الناشىء عنه الكسل والبطالة؛ فإن لسوء التربية وفساد الخلق أكبر أثر فى ذلك، ولولا الوقف لأصبحوا فى حالة أشد مما هم فيها الآن، ويشاركهم فى ذلك كل من كان له إيراد ضخم ثابت، فإنه يمرح ويلهو متبعا شهواته وأهواءه.

فالعلة الأساسية هى فساد الخلق وسوء التربية، أما الوقف، فليس له مدخل فى ذلك؛ لأن الواقع يكذبه.

أما الضرر الثانى: فراجع إلى تهاون القضاء فى إنزال العقاب الصارم بهم، ولو كان هذا سببًا مبررًا للإلغاء لألغينا الإيصاء؛ فإن ما يقترفه الوصى من ظلم أكثر مما يرتكبه الناظر فى الوقف من جور.

وأما تضاؤل الحصص فلا يرجع إلى ذات الوقف، وإنما يرجع إلى قلة الإيراد،

فلو أنه وهبه لهم لم يأخذ كل فرد منهم أكثر مما كان يأخذه من الوقف، وكذا لو ورثوه عنه.

وهل يجب على الإنسان أن يتصدق بمال كثير، وإلا فلا يتصدق؟! لا يقول بذلك عاقل.

وأما كون الوقف وسيلة لتوريث غير شرعى، وفيه هضم لحقوق الورثة التى أقرها الشارع، ومنع الوصية بأكثر من الثلث؛ حماية لها، فكيف نجيز الوقف وهو وسيلة لأمر غير مشروع، وهو حرمان الورثة أو تقليل أنصبائهم - فمردود بأن هناك فرقًا بَيِّنًا بين الوصية والوقف؛ إذ فى الأولى تصرف فى ماله بعد موته، وهو ليس له حق فى ذلك؛ إذا الملك قد انتقل إلى الورثة، فالوصية بأكثر من الثلث مزاحمة لهذه الحقوق التى اكتسبها الورثة بعد موت مورثهم؛ فلا يسوغ له أن يوصى بأكثر من الثلث.

وأما قبل وجود هذه الحقوق فهو حر فى أن يتصرف فى ماله كيف شاء، أليس جائزًا باتفاق العلماء أن يبيع ما يملكه حال حياته وصحته من غير مانع شرعى لأحد الورثة أو أجنبى؟ وإذا جاز ذلك فَلِم لَمْ تحظروا عليه الوقف مع أن العلة موجودة فى الكل، وهى حرمان الورثة - أو بعضهم - من الميراث، فجواز البيع والهبة والإقرار بكل ما يملكه لأجنبى، وعدم جواز الوقف تحكم ظاهر.

ويقولون: إن الواقف قد يقصد من وقفه ضررًا بالمستحقين، وهذا كاف لإلغاء الوقف، بوجوب إزالة الضرر، فقد ورد النهى عن الضرر؛ لقوله ﷺ: «لا ضَرَرَ وَلا ضِرارَ» فيكون الوقف فاسدًا؛ لما يقتضيه النهى.

وهذه مغالطة، إذ النهى لا يقتضى الفساد، كالصلاة فى الأرض المغصوبة؛ فقد نهى عنها مع صحتها فيها، وكالنهى عن البيع عند الأذان لصلاة الجمعة؛ لقوله - تعالى -: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] مع أن البيع صحيح - فلا منافاة بين الصحة والحرمة؛ إذ الثانى أثر النهى، والأول أثر العقد؛ فلا يستلزم النهى الفساد. والله سبحانه أعلى وأعلم[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويجوز وقف كل عينٍ ينتفع بها على الدوام؛ كالعقار، والحيوان؛

---

(١) ينظر الوقف لياسين حسين.

والأثاث، والسلاح؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أنه ذكر للنبى ﷺ أنه منع ابن جميلٍ وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطلب -يعنى الصدقة- فقال رسول الله ﷺ: «ما نقم ابن جميلٍ إلا أنه كان فقيرًا فأغناه الله ورسوله، فأما خالد فإنكم تظلمون خالدًا؛ إن خالدًا قد حبس أدرعه وأعتده معًا فى سبيل الله» ولأنه لما أمر عمر - رضى الله عنه - بتحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة - دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به، وأما ما لا ينتفع به على الدوام؛ كالطعام وما يشم من الريحان، وما تحطم وتكسر من الحيوان، فلا يجوز وقفه؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام.

ويجوز وقف الصغير من الرقيق، والحيوان؛ لأنه يرجى الانتفاع به على الدوام.

ولا يجوز وقف الحمل؛ لأنه تمليك منجز، فلم يصح فى الحمل وحده؛ كالبيع.

(فصل) واختلف أصحابنا فى الدراهم، والدنانير: فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها، ومن لم يجز إجارتها، لم يجز وقفها.

واختلفوا فى الكلب؛ فمنهم من قال: لا يجوز وقفه؛ لأن الوقف تمليك، والكلب لا يملك.

ومنهم من قال: يجوز الوقف؛ لأن القصد من الوقف المنفعة وفى الكلب منفعة، فجاز وقفه.

واختلفوا فى أم الولد: فمنهم من قال: يجوز وقفها؛ لأنه ينتفع بها على الدوام، فهى كالأمة القنة.

ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنها لا تملك.

(فصل) ولا يصح الوقف إلا فى عينٍ معينةٍ، فإن وقف عبدًا غير معينٍ، أو فرسًا غير معينٍ، فالوقف باطل؛ لأنه إزالة ملكٍ على وجه القربة فلم يصح فى عينٍ فى الذمة كالعتق والصدقة.

(الشرح) حديث أبى هريرة أخرجه البخارى[1] ومسلم[2] وأبو داود[3] والنسائى[4]

---

(١) (٣/ ٣٨٨) كتاب: الزكاة، باب: قول الله تعالى «وفى الرقاب...» حديث (١٤٦٨).
(٢) (٢/ ٦٧٦ - ٦٧٧) كتاب: الزكاة، باب: فى تقديم الزكاة ومنعها حديث (١١/ ١٩٨٣).
(٣) (١/ ٥١٠) كتاب: الزكاة، باب: فى تعجيل الصدقة حديث (١٦٢٣).
(٤) (٥/ ٣٣) كتاب: الزكاة حديث (٢٤٦٤).

والدارقطنى[١]، والبيهقى[٢]، وابن خزيمة[٣]، كلهم من حديث أبى هريرة قال: أمر رسول الله ﷺ بالصدقة فقيل: منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس بن عبد المطلب، فقال النبى ﷺ: «ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيرًا فأغناه الله ورسوله، أما خالد فإنكم تظلمون خالدًا؛ قد احتبس أدرعه وأعتده فى سبيل الله...».

أما ابن جميل[٤] فهو: الذى منع الصدقة، ولا يعرف اسمه، وقد ذكره الحافظ أبو عبد الله بن منده، فقال: روى عنه أبو هريرة، وله ذكر فى حديث رواه أبو الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال: قيل لرسول الله ﷺ: إن عباسا وخالدا وابن جميل منعوا الصدقة.

قوله: (والأثاث) الأثاث: الكثير من متاع الدنيا، كذا أطلقه الراغب[٥]. وقال غيره: هو ما جد من فرش البيت. والخريت ما قدم منها وأنشد: [من البسيط]

تقادم العهد من أم الوليد لنا دهرًا، وصار أثاث البيت خريتا

وقد نقل الهروى القولين، فقال: قال الأزهرى: هو متاع البيت. وقال غيره: ما يُلبس منها. وقيل: هو المال مطلقًا. وعن ابن عباس فى قوله تعالى: ﴿أَثَٰثٗا وَمَتَٰعًا إِلَىٰ حِينٖ﴾ [النحل: ٨٠] أى: مالًا. قال الراغب: وقيل للمال كله إذا كثر: أثاث، ولا واحد له من لفظه[٦]، وفيه نظر؛ إذ واحده: أثاثة، كتمر وتمرة. وجمع الأثاث آثّة وأُثُث، والأول هو القياس؛ لأنه مضاعف. وأُثُث شاذ، كبُيُن وحُجُج. قال الراغب: وجمعه: أثاث، وفيه نظر[٧].

ونساء أثائث: كثيرات اللحم، كأن عليهن أثاثًا. وتأثث فلان: أصاب أثاثًا. وتأثّيتُ: اتخذت أثاثًا. واشتقاق هذا من: أث الشعر والنبات، أى كثر وتكاثف. ومنه قول امرئ القيس: [من الطويل]

---

(١) (٢/١٢٣).
(٢) (٤/١١١).
(٣) (٢٣٣٠).
(٤) ينظر: المهذب (١/ ٤٤٠)، المغنى (٢/ ٤٥١).
(٥) ينظر: المفردات (٩).
(٦) ينظر: اللسان (أثث).
(٧) فى الغريبين (١٤) جمعه: آثّة.

وفرع يغشى المتن أسود فاحم أثيث كقنو النخلة المتعثكل[(١)]

وعن ابن عباس أيضًا: (أثاثًا) ثيابًا. وعن الخليل: هو المتاع المنضم بعضه إلى بعض. وأنشد بيت امرئ القيس المذكور. وقال ابن عباس فى قوله تعالى: ﴿أَحْسَنُ أَثَٰثًا﴾ [مريم: ٧٤] أى: هيئة. وقال مقاتل: ثيابًا[(٢)].

وقوله: (ما نقم ابن جميل)[(٣)] نقم، بمعنى: عتب.

يُقال: ما نقمتُ منه إلا الإحسان، ونقم: كره، ونقمت الأمر: إذا كرهته - بالفتح - أنقم - بالكسر - فأنا ناقم.

وقال الكسائى: نقمت، بالكسر، لغة[(٤)].

وقيل: أنكر أنه لم يحل عليه الحول، وقيل: معناه: لا عذر له فى ذلك.

قال الأزهرى[(٥)]: يقال: نقمت منه كذا وكذا، أى: بلغ منى الكراهة لفعله منتهاه.

قوله: (قد حبس أدرعه وأعتدَهُ)[(٦)] أدرعه: جمع «درع» فى القلة، والكثرة: دروع.

والأعتُدُ: جمع عتاد، وهو أهبة الحرب من السلاح وغيره، وجمعه: أعتِدَة أيضًا[(٧)]، يقال: أخذ للأمر عدته وعتاده، أى: أهبته وآلته.

وقوله: (تحطم وتكسر من الحيوان) يريد: تكسر بتردٍّ أو غيره، فأما من الكبر، فيقال: حَطِمَ يَحْطَمُ فهو حَطِمُ.

الأحكام: يصح الوقف فى كل عين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، كالدور والأرضين والثياب والأثاث والسلاح والحيوان.

وقال أبو حنيفة: لا يصح وقف الحيوان وإن حكم به الحاكم.

---

(١) البيت فى ديوانه ص ١٦، واللسان (أثث، عثكل)، وتهذيب اللغة (٣/ ٤١٥)، وكتاب العين (٢/ ٣٠٨)، والتاج (أثث، فرع). ويروى (وأسود) بدل (وفرع).

(٢) ينظر: عمدة الحفاظ (١/ ٦٠، ٦١).

(٣) ينظر: النظم (٢/ ٨٦).

(٤) ينظر: الصحاح (نقم).

(٥) ينظر: الزاهر (٣٠٤).

(٦) ينظر: النظم (٢/ ٨٧).

(٧) مثل: زمان وأزمن وأزمنة.

وقال محمد بن الحسن: يصح الوقف فى الحيوان إلا فى الخيل.

دليلنا: ما روى: أن النبى ﷺ بعث عمر ساعيًا، فلما رجع شكا ثلاثة نفر: العباس بن عبدالمطلب، وخالد بن الوليد، وابن جميل؛ فقال ﷺ: «مَا يَنْقِمُ ابنُ جَمِيلٍ إِلَّا أَنَّه كَانَ فَقِيرًا فأَغْنَاهُ اللهُ، وَأَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ ظَلَمْتُمُوهُ، قَدِ احْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْبُدَهُ فى سَبِيلِ اللهِ». وروى: «وأَعْتُدَهُ». والأَعْتُدُ: الخيلُ.

فالخبر حجة على أبى حنيفة ومحمد.

وروى: أن أم معقل أتت النبى ﷺ وقالت: يا رسول الله؛ إن أبا معقل وقف ناقة فى سبيل الله، وإنى أريد الحج، فقال النبى ﷺ: «ارْكَبِيهَا؛ فإِنَّ الحَجَّ وَالعُمْرَةَ فى سَبِيلِ اللهِ»[1].

ويصح وقف الصغير من الحيوان؛ لأنه يرجى الانتفاع به.

ولا يصح الوقف فى الحمل؛ لأنه تمليك منجز؛ فلم يصح فى الحمل وحده؛ كالبيع.

وقولنا: «تمليك منجز» احتراز من الوصية.

وقولنا: «وحده» احتراز ممن وقف حيوانًا حاملًا؛ فإنه يصح الوقف فى الحمل تبعًا لأمه.

ولا يصح الوقف فيما لا يمكن الانتفاع به على الدوام: كالحيوان الذى تحطم، والطعام والريحان.

وحكى عن مالك والأوزاعى: أنهما قالا: يجوز وقف الطعام. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لا يمكن حبس أصله.

فصل: وهل يصح وقف الدراهم والدنانير؟ فيه وجهان:

إن قلنا: تصح إجارتها، صح وقفها.

وإن قلنا: لا تصح إجارتها، لم يصح وقفها. وهذا هو الصحيح؛ لأنه لا خلاف أنه لو غصب منه دراهم أو دنانير، لم يجب عليه أجرتها.

فرع: وأما وقف الكلب: فاختلف أصحابنا فيه:

فقال بعضهم: فيه وجهان؛ بناء على الوجهين فى إجارته.

---

(١) تقدم فى الحج.

وقال القفال: لا يصح وقفه وجهًا واحدًا؛ لأنه لا يصح تمليكه.

وقال بعضهم: يصح وقفه وجهًا واحدًا؛ كما تصح الوصية به.

فرع: وهل يصح وقف أم الولد؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن الوقف تمليك، وأم الولد لا تملك.

والثانى: يصح وقفها؛ كما يصح إجارتها.

فعلى هذا: إذا مات سيدها عتقت بموته؛ لأن ذلك قد ثبت لها بالاستيلاد، فلا يبطل بوقفها؛ كما لا يبطل بإجارتها.

فصل: ولا يصح الوقف إلا فى عين معينة، فإن وقف عينًا فى ذمته، لم يصح؛ لأن ذلك إبطال لمعنى الملك فيها؛ فلم يصح فى عين بذمته كالعتق.

فإن قال: وقفت أحد هؤلاء العبيد، لم يصح؛ لأنه تمليك منجز، فلم يصح فى عين غير معينة، كالبيع والهبة.

إذا ثبت هذا؛ فإن الأحناف لا يجيزون الوقف إلا فى العقار وما يتبعه من المنقول، أما وقف المنقول استقلالًا، فلا يصح عندهم قياسًا، ولكن ترك القياس لأمرين:

ورود النص بوقفه، وجريان التعامل بوقفه، ويمكن حصر أقسامه فيما يأتى:

١ - ما ورد نص بوقفه.

٢ - ما جرى التعامل بوقفه.

٣ - ما لم يرد فيه نص، ولم يجر به تعامل.

فأما ما ورد النص بوقفه؛ فوقفه صحيح بالاتفاق بين الصاحبين، ويترك القياس بالنص، وذلك كوقف السلاح والكراع استقلالًا؛ لما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - فى الصحيحين: بعث النبى ﷺ عمر بن الخطاب على الصدقات، فمنع ابن جميل، وخالد بن الوليد، والعباس، فقال رسول الله ﷺ: «ما يَنْقِمُ ابنُ جَمِيلٍ إِلَّا أَنْ كَانَ فَقِيرًا فَأَغْنَاهَ اللهُ، وأَمَّا خَالِدٌ فَإِنَّكم تَظْلِمونَ خَالِدًا، وَقَدِ احْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتُدَه فى سَبِيلِ اللهِ، وأَمَّا العباس عم رسول الله ﷺ فهى على ومثلها، ثم قال: «أما شَعرتَ أَنَّ عمَّ الرَّجُلِ صِنْوُ أَبيهِ».

ولما روى أن أم معقل جاءت إلى النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبا معقل

جعل ناقته فى سبيل الله، وإنى أريد الحج، أفأركبها؟ فقال النبى ﷺ: «ارْكَبِيهَا، فَإِنَّ الحَجَّ والْعُمْرَةَ مِن سَبِيلِ اللهِ»(١).

وأما ما جرى التعامل بوقفه، فمنع أبو يوسف وقفه؛ لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد فى الكراع والسلاح؛ فيقتصر عليه، وأجازه محمد؛ لأن التعامل يترك القياس به أيضًا؛ لحديث «مَا رَآهُ الْمسلِمُونَ حَسَنًا، فَهُو عِندَ اللهِ حَسنٌ»(٢)، والتعامل هو الأكثر استعمالًا؛ كما فى «البحر عن التحرير».

والظاهر اعتبار العرف فى الموضع أو الزمان الذى اشتهر فيه دون غيره. ا. هـ.

ومثل للمنقول المتعارف وقفه بالفأس، والقدوم، والمنشار، والجنازة وثيابها، والقدور.

ومما جرى التعامل بوقفه: وقف المصاحف، والكتب على المساجد والمدارس وطلبة العلم، فإن وقف مصحفًا للقراءة فى مسجد معين، جاز للغنى والفقير من أهل

---

(١) تقدم .

(٢) لا أصل لهذا الحديث مرفوعًا، إنما ورد موقوفًا عن عبد الله بن مسعود من طرق: فأخرجه أحمد (١/ ٣٧٩) والبزار (١/ ٨١ - كشف) رقم (١٣٠) كلاهما من طريق أبى بكر بن عياش عن عاصم عن زر بن حبيش عن ابن مسعود قال: إن الله نظر فى قلوب العباد فوجد قلب محمد خير قلوب العباد، ثم نظر فى قلوب العباد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم أنصار دينه، فما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحًا فهو عند الله قبيح.

ومن طريق أحمد أخرجه الحاكم فى «المستدرك» (٣/ ٧٨) مختصرًا وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبى، وقال السخاوى فى «المقاصد الحسنة» (ص٣٦٧): وهو موقوف حسن. أهـ.

قلت: وقد وهم السخاوى فى هذا الحديث حيث عزاه إلى الإمام أحمد فى السنة، وقال: ووهم من عزاه للمسند.

فظهر من تخريج الأثر أنه - رحمه الله - هو الواهم فى توهيم من عزا هذا الأثر إلى المسند.

وللحديث طريق آخر قد أشار إليه البزار فقال عقب الطريق الأول: رواه بعضهم عن عاصم عن أبى وائل عن عبد الله.

وهذا الطريق أخرجه أبو داود الطيالسى (١/ ٣٣ - منحة) رقم (٦٩)، ومن طريقه أبو نعيم فى «حلية الأولياء» (١/ ٣٧٥) من طريق عاصم عن أبى وائل عن ابن مسعود.

والحديث ذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (١/ ١٢٥) وقال: رواه أحمد والبزار والطبرانى فى «الكبير» ورجاله موثقون. وقال الحافظ ابن كثير فى «تحفة الطالب» (ص٤٥٥): هذا مأثور عن عبد الله بن مسعود بسند جيد .

هذا المسجد أن يقرأ فيه، ولا يجوز نقله منه إلا إذا تخرب المسجد وانفض الناس من حوله.

لكنه قال فى «الفتح»: وإن وقف على المسجد جاز، ويقرأ فى ذلك المسجد، وفى موضع آخر: ولا يكون مقتصرًا على هذا المسجد.

وإن وقف كتبه على مدرسة بعينها، وأعد لها خزانة بها: كان الانتفاع بها قاصرًا على أهل هذه المدرسة، وليس لهم ولا لغيرهم نقلها من محلها.

وكذلك إن وقفها على مستحقى الوقف، لا يجوز لهم نقلها من محلها.

وإن عمم فى وقفه للكتب، بأن وقفها على طلبة العلم، وعين لها مكانًا وضعها فيه، فلكل طالب علم أن ينتفع بها، فقيرًا كان أو غنيًّا، لاستوائهما فى الحاجة إلى الانتفاع بالكتب؛ إذ ليس كل غنى يجد كل كتاب، خصوصًا فى وقت الحاجة.

لكن إن شرط الواقف ألا تخرج من ذلك المكان، صح، واتبع شرطه، وإن لم يشرط؛ فقد تردد بعضهم فى جواز النقل، والأقرب جواز إعارتها لمن لا يخشى منه الضياع من الطلاب؛ لينتفع بها، ثم يردها إلى مكانها.

ويد المستعير يد أمانة؛ فلا يضمن ما تلف فى يده إلا بالتعدى، أو بالتفريط.

وكذلك يجوز وقف البناء والشجر بدون الأرض عند «محمد»؛ لجريان العرف بذلك، لكن يشترط لصحة وقفهما أن يكونا فى أرض موقوفة، سواء كان واقف البناء هو الواقف لها أو غيره، حتى يتحقق التأبيد، فلو كانت الأرض مملوكة لواقف البناء، أو لغيره، وهى فى يده بطريق العارية، أو الاستئجار - لا يصح الوقف؛ لانتفاء التأبيد بخروج الأرض عن ملك الواقف بعد موته، وطلب الورثة نقض البناء، وقلع الشجر من الأرض المملوكة لهم، وباحتمال طلب المالك نقض البناء، وقلع الشجر من أرضه بعد استرداد العارية وانتهاء مدة الإجارة، أو فسخها.

ولا يتعين على الصحيح وقفها على الجهة التى وقفت عليها الأرض، بل يصح للمحتكر أن يبنى بإذن المتولى، أو يغرس فى أرض الحكر، ثم يقف ذلك البناء أو الغرس على نفسه، ثم للفقراء، كما يصح أن يقفهما على الجهة التى وقفت عليها الأرض.

وأما مالم يرد فيه نص، ولم يجر به تعامل، فلا يجوز وقفه عند الحنفية بالاتفاق. فى حين أن مذهب أصحابنا الشافعية أن كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله،

ويجوز بيعه - يجوز وقفه؛ لأنه يمكن الانتفاع به، فأشبه العقار، والكراع، والسلاح.

وأما ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب، والفضة - أى: الدراهم والدنانير، وما ليس بحلى - والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز عند الحنفية.

فى حين اختلف أصحابنا الشافعية فى صحة وقف الدراهم والدنانير، كما مضى.

وذهب إمامنا الشافعى: إلى صحة وقف الحُلِى؛ لأن حفصة - رضى الله عنها - ابتاعت حليًّا بعشرين ألفًا، فحبسته على نساء آل الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته.

ثم إن بعض مشايخ الحنفية توسع فى وقف المنقول، لما رأوا جريان التعامل بوقفه؛ ففى «الخلاصة»: وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل، قال: إن كان ذلك فى موضع غلب ذلك فى أوقافهم، رجوت أن يكون جائزًا.

وفى فتاوى «الناطفي» عن محمد بن عبدالله الأنصارى من أصحاب زفر - رحمه الله - أنه يجوز وقف الدراهم، والطعام، والمكيل، والموزون.

فقيل له: وكيف يصنع بالدراهم؟ قال: يدفعها مضاربة، ويتصدق بالفضل.

وقيل على هذا: ينبغى أن يجوز إذا قال: وقفت هذا الكُرَّ على أن يقرض لمن لا بذر له من الفقراء، فيدفع لهم، ويبذرونه، فإذا حصدوا يؤخذ ويقرض لغيرهم، وهكذا دائمًا.

وكذا سترة الموتى، والأكسية، إذا وقفت صدقة، جاز؛ فتدفع للفقراء، فينتفعون بها فى أوقات لبسها.

ولو وقف ثورًا لإنزاء بقرهم لا يصح؛ لأنه ليس بقربة.

وفى «الخلاصة»: يجوز وقف الغلمان والجوارى على مصالح الرباط، وغير ذلك من الفروع. والله سبحانه وتعالى أعلم[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وما جاز وقفه جاز وقف جزءٍ منه مشاع؛ لأن عمر - رضى الله عنه - وقف مائة سهمٍ من خيبر بإذن رسول الله ﷺ. لأنَّ القصد بالوقف حبس الأصل،

---

(١) ينظر الوقف لياسين حسين.

وتسبيل المنفعة؛ والمشاع كالمقسوم فى ذلك.

ويجوز وقف علو الدار دون سفلها، وسفلها دون علوها؛ لأنهما عينان يجوز وقفهما، فجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدين.

(الشرح) قوله: «لأن عمر - رضى الله عنه - وقف مائة سهم من خيبر...» ينظر فيه الحديث قبل السابق

الأحكام: يصح الوقف فى المقسوم والمشاع، وبه قال مالك؛ لما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه وقف مائة سهم بخيبر. وهذا وقف مشاع.

ويصح وقف علو الدار دون سفلها، أو سفلها دون علوها؛ لأنهما كالعينين.

إذا ثبت هذا: فللحنفية تفصيل كثير فى وقف المشاع، فالمشاع عندهم - من حيث جواز وقفه - إما أن يحتمل القسمة أو لا، وكل منهما إما أن يكون مسجدًا، أو مقبرة، أو غيرهما.

فإن كان يحتمل القسمة، وكان مسجدًا، أو مقبرة، فلا يجوز وقفه بالاتفاق بين الصاحبين؛ لأن الشيوع فيهما يمنع الخلوص لله - تعالى - ولأن المهايأة فيهما فى غاية القبح؛ وذلك لأنه يصلى فى المسجد سنة، ويتخذ إصطبلًا سنة أخرى، ويدفن فى المقبرة سنة، وتزرع أخرى.

وإن كان غير المسجد والمقبرة، فأجاز أبو يوسف وقفه، ومنعه محمد، والخلاف هنا مبنى على الخلاف فى اشتراط تسليم الوقف وعدمه، فلما شرطه محمد قال بعدم صحة وقف المشاع؛ لأن القسمة من تمام القبض، والقبض واجب، فكذا ما يتم به وهو القسمة، فلا يصح وقفه، ولما لم يكن شرطًا عند أبى يوسف، فكذا ما يتم به وهو القسمة، لا يكون شرطًا أيضًا، فيصح وقفه.

فمن أخذ بقول أبى يوسف فى خروجه بمجرد اللفظ - وهم مشايخ «بلخ» - أخذ بقوله فى هذه، ومن أخذ بقول محمد فى اشتراط التسليم - وهم مشايخ «بخارى» - أخذ بقوله هنا.

وإن كان لا يحتمل القسمة، وكان مسجدًا، أو مقبرة، فلا يجوز وقفه بالاتفاق - أيضًا - للدليل السابق.

وإن كان غير المسجد والمقبرة، فإنه يصح وقفه بالاتفاق: فأما أبو يوسف فعلى أصله من جواز وقف المشاع مطلقًا، احتمل القسمة أو لا، إلا فى المسجد والمقبرة

كما سبق.

وأما محمد فقد خالف أصله فيما لا يحتمل القسمة؛ لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع، وذلك كالبيت الصغير، والحمام، فاكتفى بتحقيق التسليم فى الجملة.

ثم فيما يحتمل القسمة إذا وقف الكل؛ ثم استحق جزءًا منه شائعًا، بطل الوقف فى الباقى عند محمد؛ لأنه بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارنًا للوقف.

وإذا بطل الوقف فى الباقى رجع إلى الواقف لو كان حيًّا، وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته.

وليس على الواقف أن يبيع ذلك الباقى ويشترى ما يجعله وقفًا.

ولو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت المريض، وكان قد وقف الكل فى مرضه لا يبطل الوقف؛ لأن الشيوع حينئذ طارئ.

وكذا لو استحق جزءًا معينًا لم يبطل فى الباقى؛ لعدم الشيوع، فلهذا جاز فى الابتداء أن يقف ذلك الباقى فقط.

ولو كانت الأرض بين رجلين، فتصدقا بها جملة صدقة موقوفة على المساكين مثلًا، ودفعاها معًا إلى قَيِّم واحد جاز اتفاقًا؛ لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشيوع وقت القبض، لا وقت العقد، ولم يوجد هنا لوجودهما معًا منهما.

ولو وقف كل منهما نصيبه على جهة، وجعلا القيم واحدًا وسلماه معًا - جاز اتفاقًا؛ لعدم الشيوع وقت القبض.

ولو اختلفا فى وقفيهما جهة وقيمًا، واتحد زمان تسليمهما لهما، أو قال كل واحد منهما لقيمه: «اقبض نصيبى مع نصيب صاحبى» - جاز أيضًا اتفاقًا؛ لأنهما صارا كَمُتَوَلٍّ واحد، بخلاف ما لو وقف كلٌّ وقفه وحده، وسلمه لقيمه وحده، فإنه لا يصح الوقف عند محمد؛ لوجود الشيوع وقت العقد، وتمكنه وقت القبض.

وإذا صحَّ وقف المشاع عند أبى يوسف، فتجوز المقاسمة فيه، وإنما صحت القسمة مع أن الوقف لا يصح بيعه، ولا تمليكه؛ لأنها تمييز وإفراز، غاية الأمر أن الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة، إلا أن فى الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز؛ نظرًا للوقف؛ فلم تكن بيعًا وتمليكًا.

وعليه فلو وقف أحد الشريكين حصته من أرض جاز، وإذا اقتسماها بعد ذلك، فما وقع فى نصيب الواقف كان وقفًا، ولا يحتاج إلى إعادة الوقف فيه، وإن وقفه

ثانيًا كان أحوط؛ لارتفاع الخلاف حينئذ، كما يرتفع بقضاء القاضى إذا حكم بجوازه.

ولو وقف نصف أرضه مثلًا، وأراد أن يقسم حصة الوقف ويفرزها، جاز له أحد أمرين: إما أن يرفع الأمر إلى القاضى، فيعين القاضى رجلًا ليقاسمه، أو يبيعه - أى: النصف الباقى المملوك - ثم يقاسم المشترى، ثم يشتريه ثانيًا، وليس له أن يقاسم نفسه؛ لأنها مأخوذة من المفاعلة، فتقتضى المشاركة بين اثنين فما فوقهما.

ولو وقف أحد الشريكين نصيبه من دُورٍ وأراضٍ، ثم أراد القسمة، فقسم القاضى، وجمع الوقف فى أرض أو دار واحدة - جاز عند أبى يوسف ومحمد، واختاره هلال، كما لو كان لهما داران، وطلبا القسمة؛ فجمع القاضى نصيب أحدهما فى دار، ونصيب الآخر فى دار جاز ذلك؛ فكذا هنا إلا أن ثمة فرقًا أى فى الملك: يجوز سواء كان فى مصر واحد أم مصرين وهاهنا فى الوقف يجمع إذا كانا فى مصر واحد لا مصرين.

وعلى قول أبى حنيفة: يقسم القاضى كل واحدة على حدة، إلا أن يرى الصلاح فى الجمع، فحينئذ يجمع الوقف كله فى أرض أو دار واحدة، فيصير عند جمع القاضى فى الحكم، كأن الشريكين اقتسما بأنفسهما، وذلك جائز.

ولو اقتسم الشريكان وأدخلا فى القسمة دراهم معلومة؛ لتحقيق المعادلة بين الحصتين؛ فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف لا يصح؛ لأنه يكون بائعًا بعض الوقف، وذلك لا يجوز، إلا إذا شرط لنفسه الاستبدال، فحينئذ يصح، ويلزمه أن يشترى بالدراهم عقارًا؛ ليكون وقفًا.

وإن كان الآخذ للدراهم هو الشريك، صح، وكان ما يقابل هذه الدراهم من العقار ملكًا للواقف، والباقى وقفًا، إن كانت حصة الشريك أقل مساحة من الحصة التى أخذها الواقف؛ لظهور أن الدراهم التى دفعها الواقف إنما هى فى الزيادة التى أخذها من حصة الشريك، فإن لم تكن أقل بأن كانت مساوية لها فى المساحة أو أكثر منها، ولكن دفع الواقف الدراهم؛ تحقيقًا للمعادلة بين الحصتين؛ لأن ما أخذه أجود - كانت الحصة كلها وقفًا، ويعتبر الواقف كأنه اشترى بدراهمه شيئًا من حصة شريكه ووقفه.

ولو وقف المالك عشرة أذرع شائعًا من أرض، فقاسم، فوقع نصيب الواقف أقل

من ذلك؛ لجودة الأرض التى وقعت للوقف، أو وقع نصيب الواقف أكثر؛ لكونها دون القطعة الأخرى فى الجودة - جاز؛ لأن مثل هذه القسمة تجوز فى الملك، فكذا فى الوقف إذا كان فيه صلاح للوقف؛ لتحقيق المعادلة.

ولو أراد الواقفان أن يقتسما ما وقفاه؛ ليتولى كل واحد على وقفه، ويصرف غلته فيما سمى من الوجوه - جاز، وتجوز المقاسمة مع وكيل الواقف ووصيه.

ولو وقف نصف أرضه على جهة معينة، وجعل الولاية عليه لزيد فى حياته وبعد مماته، ثم وقف النصف الآخر على تلك الجهة أو غيرها، وجعل الولاية عليه لعمرو فى حياته وبعد مماته - يجوز لهما أن يقتسماها، ويأخذ كل واحد منهما النصف، فيكون فى يده؛ لأنه لما وقف كل نصف على حدة صارا وقفين، وإن اتحدت الجهة، كما لو كانت لشريكين فوقفاها كذلك.

وإذا قضى قاض بوقف المشاع، ونفذ قضاؤه، وصار متفقًا عليه كسائر المختلفات، وطلب بعضهم القسمة، فعند الإمام أبى حنيفة لا يقسم ويتهايئون، وعندهما يقسم إذا كان بين الواقف والمالك.

وأجمعوا أن الكل لو كان موقوفًا على الأرباب، فأرادوا القسمة. لا يقسم، بل يتهايئون.

وذلك كما إذا كانت أرضًا موقوفةً بين جماعةٍ، فتراضوا على أن كل واحد منهم يأخذ له من الأرض الموقوفة قطعة معينة يزرعها لنفسه هذه السنة، ثم فى السنة الأخرى يأخذ كل منهم قطعة غيرها - فذلك سائغ، ولكنه ليس بلازم؛ فلهم إبطاله، وليس ذلك فى الحقيقة بقسمة؛ إذ القسمة الحقيقية أن يختص ببعض من العين الموقوفة على الدوام.

وهذا المعنى فى التناوب والتهايؤ نقله ابن عابدين - رحمه الله - عن فتاوى ابن الشلبى، ثم قال: ومقتضاه أنه ليس لهم استدامة هذه القسمة، بل يجب عليهم نقضها أو استبدال الأماكن بعضها ببعض، إذ لو استديمت صارت من القسمة الممنوعة بالإجماع؛ لتأديتها فى طول الزمان إلى دعوى الملكية، أو دعوى كل منهم، أو بعضهم: أن ما فى يده موقوف عليه بعينه، ولا يخفى ما فى ذلك من الضرر.

ثم إن الشرط فى جواز قسمة التهايؤ هو رضا الجميع، فإذا لم يرض واحد منهم

فلا يصار إليها، وإذا أبى واحد منهم بعد ذلك، فله إبطال القسمة، وإن رضى بها من قبل؛ لأنها ليست بلازمة، ولأولاده المستحقين للوقف من بعده نقض القسمة التى ارتضاها والدهم إن أرادوا ذلك.

وكذلك إذا قسم وَلى الصغيرِ المستحق فى الوقف نصيبه فيه مع متوليه، ثم بلغ الصغير رشده - رد القسمة؛ إن أراد.

وأما ما ذكره فى «الفتح» نقلا عن الخصاف من قوله: «وأجمعوا أن الكل لو كان وقفًا على الأرباب، وأرادوا القسمة لا تجوز، وكذا التهايؤ» فمحمول على قسمة التمليك جبرًا، وهذا التوفيق نقله ابن عابدين - رحمه الله - عن الخير الرملى. انتهى تفصيل القول فى وقف المشاع عند الحنفية. والله سبحانه وتعالى أعلم[١].

ويمكن إجمال هذه التفصيلات فى أنه: يشترط فى الموقوف - عند الحنفية - أن يكون مفرزًا فيما إذا كان مسجدًا أو مقبرة؛ لأن الشيوع فيهما مبطل لوقفهما اتفاقًا؛ لأنه يمنع الخلوص لله - تعالى -؛ ولأن المهايأة فيهما فى غاية القبح؛ إذ تستلزم أن تقبر الموتى فى المقبرة سنة، وتنزع وتزرع سنة، ويصلى فى المسجد تارة، ويتخذ إصطبلًا تارة أخرى، أما غير المسجد والمقبرة، فليس الإفراز فيه شرطًا على الصحيح[٢].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يصح الوقف إلا على بر ومعروفٍ؛ كالقناطر، والمساجد، والفقراء، والأقارب.

فإن وقف على ما لا قربة فيه؛ كالبيع، والكنائس، وكتب التوراة، والإنجيل، وعلى من يقطع الطريق، أو يرتد عن الدين - لم يصح؛ لأن القصد بالوقف القربة، وفيما ذكرناه إعانة على المعصية.

وإن وقف على ذمى جاز؛ لأنه فى موضع القربة؛ ولهذا يجوز التصدق عليه فجاز الوقف عليه، وفى الوقف على المرتد، والحربى وجهان:

---

(١) ينظر الوقف لياسين حسين.

(٢) ينظر السابق.

أحدهما: يجوز؛ لأنه يجوز تمليكه؛ فجاز الوقف عليه كالذمي.

والثاني: لا يجوز؛ لأن القصد بالوقف نفع الموقوف عليه، والمرتد والحربي مأمور بقتلهما، فلا معنى للوقف عليهما.

وإن وقف على دابة رجلٍ، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن مؤنتها على صاحبها.

والثاني: يجوز؛ لأنه كالوقف على مالكها.

(فصل) ولا يجوز أن يقف على نفسه، ولا أن يشرط لنفسه منه شيئًا، وقال أبو عبد الله الزبيدي: يجوز؛ لأن عثمان - رضي الله عنه - وقف بئر رومة وقال: دلوي فيها كدلاء المسلمين.

وهذا خطأ؛ لأن الوقف يقتضي حبس العين وتمليك المنفعة، والعين محبوسة عليه، ومنفعتها مملوكة له، فلم يكن للوقف معنًى، ويخالف وقف عثمان - رضي الله عنه -؛ لأن ذلك وقف عام، ويجوز أن يدخل في العام ما لا يدخل في الخاص.

والدليل عليه أن رسول الله ﷺ كان يصلي في المساجد، وهي وقف على المسلمين، وإن كان لا يجوز أن يخص بالصدقة، ولأن في الوقف العام يدخل فيه من غير شرط، ولا يدخل في الوقف الخاص، فدل على الفرق بينهما.

(فصل) ولا يجوز الوقف على من لا يملك؛ كالعبد والحمل؛ لأنه تمليك منجز؛ فلم يصح على من لا يملك؛ كالهبة والصدقة.

(فصل) ولا يصح الوقف على مجهول؛ كالوقف على رجل غير معين، والوقف على من يختاره فلان؛ لأنه تمليك منجز؛ فلم يصح في مجهول؛ كالبيع والهبة.

(الشرح) قوله: قول عثمان: «دلوي فيها كدلاء المسلمين» علقه البخاري[١]، وأخرجه الترمذي[٢]، والنسائي[٣] وعبد الله بن أحمد في زوائد المسند[٤]، وابن

(١) (٥/ ٣٧) كتاب: الشرب والمساقاة، باب: من رأى صدقة الماء.
(٢) (٥/ ٥٨٥ - ٥٨٦) كتاب: المناقب، باب: في مناقب عثمان حديث (٣٧٠٣).
(٣) (٦/ ٢٣٣) كتاب: الأحباس، باب: وقف المساجد.
(٤) (١/ ٧٤).

خزيمة[١]، وابن أبي عاصم[٢]، والطحاوى فى مشكل الآثار[٣]، والدارقطنى[٤]، والبيهقى[٥] من حديث عثمان.

وقال الترمذى: هذا حديث حسن.

قوله: (إلا على بر ومعروف)[٦] هما: فعل الخير والإحسان، وأصله: من بر والده: إذا رفق به، وأحسن إليه. والعرف والمعروف: ضد النكر والمنكر، يقال: أولاه عرفًا ومعروفًا، وقال ابن عرفة: المعروف: ما عرف من طاعة الله، والمنكر: ما خرج منها، وهو: ما يوجبه الدين والملة.

وقوله: (القناطر) جمع قنطرة، وهى الطريق فوق الماء، وهى الجسر أيضًا.

قوله: (البيع)[٧] كنيسة النصارى. ويقال: هو من أهل البيعة، أى نصرانى وقيل: البيعة: كنيسة اليهود. والجمع: بيع، وفى القرآن الكريم: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَٰمِعُ وَبِيَعٌ﴾ [الحج: ٤٠]، وقال لقيط بن يعمر الإيادى:

تامت فؤادى بذات الجزع خرعبة مرت تريد بذات العذبة البيعا

تامت فؤادى: ذهبت به. ذات الجزع، وذات العذبة: موضعان. الخرعبة: الغضة من النساء.

قوله: «الكنائس» متعبد اليهود والنصارى.

والتوراة: هى كلام الله المنزل على موسى -عليه السلام- ليبلغه لقومه لعلهم يهتدون. قال -تعالى-: ﴿وَإِذْ ءَاتَيْنَا مُوسَى ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْفُرْقَانَ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ﴾ [البقرة: ٥٣].

وتعتبر التوراة التي تحدث القرآن عنها جزءًا من الكتب التي فرض الله على المؤمنين الإيمان بها في قوله -تعالى-: ﴿ءَامَنَ ٱلرَّسُولُ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلْمُؤْمِنُونَ ۚ كُلٌّ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَكُتُبِهِۦ وَرُسُلِهِۦ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّن رُّسُلِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٨٥] والتوراة: لفظ عبرى معناه الهدى والإرشاد والشريعة كذلك والتوراة المنزلة

---

(١) (٢٤٩٢).
(٢) السنة (١٣٠٥، ١٣٠٦).
(٣) (٥٠١٩).
(٤) (٤/١٩٦).
(٥) (٦/١٦٨).
(٦) ينظر: النظم (٢/٨٨).
(٧) ينظر: المعجم الكبير (٢/٧٣٠).

على موسى لم يوجد لها أثر لعدة أسباب إلا نزر يسير شاء الله أن تتناقله الألسنة حتى دُوِّن(١).

والإنجيل الحقيقى هو الوحي المنزل من عند الله تعالى على رسوله عيسى عليه السلام، وهذا الإنجيل ضائع ومفقود إذ لو لم يكن مفقودا لكان يوجد عندهم أو عندنا لكنه ليس بموجود عند الفريقين، ولا يعلم كيف ضاع ومتى ضاع ولكن يحتمل أن اليهود حينما هجموا على المسيح ليقتلوه وجدوا الكتاب معه فأخذوه فإما أحرقوه أو مزقوه أو نحو ذلك، ولم يكن قبل ذلك منتشرا في العالم إذ كان حديث عهد بالنزول ولم يكن أيضا محفوظا في صدور أصحابه الحواريين وغيرهم كما حفظ المسلمون القرآن على عهد رسول الله ﷺ، ويحتمل أيضا أنه لم يكن مكتوبا إلى الساعة التي هجموا عليه فيها فذهب مع من أنزل عليه وعلى كلا الاحتمالين يكون إسناده قد انقطع من أول الأمر(٢).

قوله: رومة(٣) بضم أوله: بئر بالمدينة، وهى التى اشتراها عثمان، ومن بئر رومة كانت تحمل المرأة الزُّرَقِيَّةُ الماءَ إلى تبع فى القِربَ، فأثابها؛ فلذلك صار ولدها أكثر بنى زريق مالًا.

وقوله: (تمليك منجز)(٤) أى: معجل، من: أنجز وعده، ونجز حاجته: إذا قضاها وعجلها، ولم يتأن بها.

الأحكام: لا يصح الوقف إلا على ما فيه طاعة لله، كالوقف على أولاده، أو على قرابته، أو الفقراء والمساكين وطلبة العلم، وكالوقف على المساجد، والسقايات، والقناطر، والمقابر؛ لما ذكرناه من أخبار الصحابة.

فإن كان الوقف على غير معين، لم تفتقر صحته إلى قبول الموقوف عليه.

وإن كان على معين، فهل تفتقر صحته إلى قبول الموقوف عليه؟ فيه وجهان:

الصحيح: أنه لا يفتقر.

وقال المسعودى: يفتقر إلى قبوله.

---

(١) ينظر: الملل والنحل للدكتور طلعت محسن ص (٨١ - ٨٢).
(٢) ينظر: القرآن والكتب المقدسة للدكتور محمد على ص (١٤٥، ١٤٦).
(٣) ينظر: معجم ما استعجم (٢/ ٦٨٥).
(٤) ينظر: النظم (٢/ ٨٨).

ومن قال: لا يفتقر إلى القبول، فإن الموقوف عليه إذا كان معينًا وردَّ الوقف، بطل الوقف عليه.

وإن وقف على آدمى، فلابد أن يكون موجودًا حيًّا يوم الوقف عليه.

وإن وقف على ميت أو على من يولد له، لم يصح؛ لأنه عقد تمليك فى حال الحياة؛ فلم يصح إلا على موجود حى؛ كالهبة والبيع.

إذا ثبت هذا فإن الشافعى - رحمه الله - قال: ولا يجوز أن يخرجها من ملكه إلا إلى مالك منفعة يوم يخرجها إليه.

فإن قال قائل: لِمَ قال الشافعى: لا يجوز الوقف إلا على مالك، وعنده يجوز الوقف على المساجد والسقايات والقناطر والمقابر؟!

قلنا: عن ذلك جوابان:

أحدهما: أن الوقف على المساجد والسقايات والقناطر والمقابر وقف على المسلمين فى الحقيقة؛ لأن منفعة هذه الأشياء ترجع إليهم.

والثانى: أنه أراد بذلك: إذا وقف على الآدمى فلا يصح الوقف إلا على موجود حى، فأما الميت والمعدوم فلا يصح الوقف عليه.

فإن قيل: أليس لو وقف على أولاده وعقبهم جاز، وإن كان العقب لم يخلق؟

قلنا: إنما جاز ذلك على سبيل التبع للموقوف عليه الموجود.

فرع: وإن وقف مسلم أو ذمى على ذمى، صح الوقف؛ لأنه يصح أن يملك بصدقة التطوع؛ فصح الوقف عليه كالمسلم.

وإن وقف مسلم أو ذمى على كنائس أهل الذمة وبيعهم، لم يصح الوقف؛ لأنها مجامع الكفر ومشاتم الرسول ﷺ.

وكذلك الوقف على خادمها، لا يصح؛ لأن خدمتها من عمارتها.

وإن وقف على النازلين فى الكنائس من المارة من أهل الذمة، قال ابن الصباغ: صح الوقف؛ لأنه وقف على أهل الذمة دون الكنائس والبيع.

وإن وقف شيئًا على كتب التوراة والإنجيل، لم يصح؛ لأنها مبدلة مغيرة فلا حرمة لها.

وإن وقف شيئًا على من يقطع الطريق، أو يرتد عن الدين، لم يصح؛ لأن الوقف

لا يصح إلا على بِرٍّ، وهذا إعانة على المعصية.

وإن وقف على مرتد أو حربى، ففيه وجهان:

أحدهما: يصح، كما يصح الوقف على الذمى.

والثانى: لا يصح؛ لأنه مأمور بقتلهما، فلا معنى للوقف عليهما. وهذا يبطل بالزانى المحصن؛ فإنه مأمور بقتله، ويصح الوقف عليه.

فرع: وإن وقف على بهيمة رجل، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنها لا تملك، فلم يصح الوقف عليها.

والثانى: يصح.

قال ابن الصباغ: وهو ظاهر المذهب؛ لأن ذلك وقف على مالكها، قال: إلا أنه ينفق منه عليها، فإذا نفقت - أى: ماتت - كان لصاحبها.

وأما إذا وقف على عبد أو أم ولد، ففيه طريقان:

قال الشيخ أبو حامد: لا يصح الوقف عليهما؛ لأنه تمليك منجز، فلم يصح على العبد؛ كالهبة.

وقال القاضى أبو الطيب فى «المجرد»: يبنى على القولين فى أنه: هل يملك إذا ملّكه السيد؟

فإن قلنا: إنه يملك، صحّ الوقف عليه. فإذا أعتق، كان له مثله.

وإن قلنا: إنّه لا يملك، فهو كما لو وقف على بهيمة غيره، على وجهين:

والصحيح: يصح.

فصل: إذا وقف شيئًا على نفسه، ثم على الفقراء والمساكين، أو على نفسه وأولاده، ثم على الفقراء - لم يصح الوقف على نفسه.

وقال ابن أبى ليلى، وابن شبرمة، وأبو يوسف، وأحمد: يصح.

قال ابن الصباغ: وإليه ذهب أبو العباس وأبو عبد الله الزبيرى من أصحابنا؛ لما روى أن عمر - رضى الله عنه - لما وقف قال: لا بأس على من وَلِيهَا أن يأكل منه غير متأثِّلٍ مالًا.

فجعل لمن يليها أن يأكل منها. وقد يليها الواقف وغيره. وقد كانت بيده إلى أن مات.

وروى أن عثمان - رضى الله عنه - لما وقف بئر رومة قال: «دلوى منها كدلاء

المسلمين».

ولأن الوقف وقفان: وقف خاص، ووقف عام، ثم ثبت: أن الوقف العام له فيه حظ، وهو: إذا وقف مسجدًا أو سقاية، فإن له أن يصلى فى المسجد، ويشرب من السقاية فكذلك فى الوقف الخاص.

ودليلنا: أن الوقف تمليك للرقبة والمنفعة؛ فلا يجوز أن يملك نفسه من نفسه، كما لا يجوز ذلك فى البيع والهبة.

وأما حديث عمر: فمحمول على أنه شرط ذلك لغيره.

وأما حديث عثمان: فلأن ذلك وقف عام، وهو يدخل فى العام من غير شرط.

إذا ثبت هذا - وأنَّ وقْفَه على نفسه لا يصح - فإنه يكون وقفًا منقطع الابتداء متصل الانتهاء، على ما يأتى بيانه.

مسألة: لو وقف وقفًا على ولده، ثم على ورثة ولده، ثم على الفقراء والمساكين، فمات الولد، وكان الأب الواقف أحد ورثته - فهل يرجع عليه قدر ميراثه منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع عليه، وهو قول ابن سريج والزبيرى.

والوجه الثانى: لا يرجع عليه ولا على الباقين من ورثته؛ لأن الورثة إنما يأخذون منه قدر مواريثهم، ولا يأخذون ميراث غيرهم، ويرد على الفقراء.

ثم ينظر فيما جعله لورثة ولده من بعده، فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يجعله لهم على قدر مواريثهم، فيكون بينهم كذلك.

والثانى: أن يجعله بينهم بالسوية، فيكون كذلك، يستوى فيه الذكر والأنثى، والزوجة والولد.

والثالث: أن يطلق؛ فيكون بينهم بالسوية؛ لأن الأصل التساوى فى العطايا؛ فلم يشترط التفاضل.

فرع: قال فى «البويطى»: إذا قال: دارى حبس على ولدى، ثم مرجعها إلىَّ إذا انقرض - فالحبس باطل. وقد قيل: جائز، ويرجع إلى أقرب الناس بالمحبِّس.

فصل: وإن قال: وقفت دارى هذه على أحد هذين الرجُلين، أو على من يختاره فلان - لم يصح؛ لأنه تمليك منجز؛ فلم يصح على غير معين كالبيع.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل؛ لأنه عقد يبطل بالجهالة؛ فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل، كالبيع.

ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن يرجع فيه إذا شاء أو يبيعه إذا احتاج أو يدخل فيه من شاء، أو يخرج منه من شاء؛ لأنه إخراج مالٍ على وجه القربة فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة.

(فصل) ولا يجوز إلى مدةٍ؛ لأنه إخراج مالٍ على وجه القربة؛ فلم يجز إلى مدةٍ؛ كالعتق، والصدقة.

(الشرح) الأحكام: لو وقف وقفًا على أنه إن احتاج إليها باعها، أو رجع فيها، أو أخذ غلتها - فهو وقف باطل، وأجازه مالك، استدلالاً بقوله ﷺ «المُسْلِمُونَ عَلَى شُروطِهِمْ»[١] وكان عليٌّ بن أبي طالب - رضى الله عنه - وقف، وكتب: هذا ما وقفه على بن أبى طالب وقف عين ابتغاء ثواب الله، وليدفع الله بها عن وجهه حر جهنم، على أنه متى احتاج الحسن أو الحسين إلى بيعها بدين أو نيابة، فلهما بيع ما رأياه منها: فاحتاج الحسن إلى بيعها لدين، ثم ذكر قوله: «ليدفع الله بها عن وجهه حر جهنم»[٢]، فامتنع.

والدلالة على بطلان الوقف قوله ﷺ: «حَبِّسِ الأَصْلَ، وَسَبِّلِ الثَّمْرَةَ»[٣].

ولأن الشروط المنافية للعقود مبطلة لها إذا اقترنت بها؛ كالشروط المبطلة لسائر العقود، ولأنه لم يؤبد الوقف ولا حرمه؛ فلم يصح؛ كالقدر إلى وقت - كما سيأتى فى الفصل القادم - بل هذا أفسد.

فأما على - رضى الله عنه - إن صح ما ذكر فيه، فمحمول على بيع ما رأياه من غلته لا من أصله.

وحكى ابن سريج فى هذا الوقف وجهًا آخر: أن الشرط باطل، والوقف جائز، وليس له بيعه أبدًا[٤].

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) ينظر الحاوى (٥٣٢/٧).

فرع: ولا يصح تعليق الوقف على شرط مستقبل، مثل: أن يقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد وقفت دارى على المساكين؛ لأنه عقد يبطل بالجهالة، ولأن هذا تصرف لم يبن على التغليب؛ فلا يصح تعليقه على شرط كالبيع والهبة، وكذلك لا يصح بشرط الخيار.

وذهب أبو يوسف إلى أنه إن وقف بشرط الخيار وكانت مدة الخيار معلومة - فإنَّ الشرط والوقف صحيحان. وهذا ليس بصحيح، ودليلنا عليه ما مضى. وأنه شرط ينافى مقتضى العقد؛ فلم يصح. والله أعلم.

فصل: وإن قدر الوقف بمدة، فاختلف أصحابنا فيه:

فقال المصنف: لا يصح من غير تفصيل.

وقال المسعودى: إذا قال: وقفت دارى هذه على زيد سنة، ثم تعود ملكى بعد السنة - ففيها ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يصح الوقف؛ لأن مقتضى الوقف التأبيد، وليس هذا بمؤبد.

والثانى: يصح الوقف، ويرجع إليه بعد السنة، فكأنه جعل غيره أحق بمنفعة الدار هذه السنة بإجارة أو إعارة.

والثالث: يكون كما لو قال: وقفتها على زيد وأولاده، وَأَطْلَقَ، فيكون وقفًا متصل الابتداء منقطع الانتهاء، على ما يأتى بيانه.

وقال ابن الصباغ: وإن قال: وقفتها على زيد سنة، وأطلق - فإنه وقف متصل الابتداء منقطع الانتهاء، على ما يأتى بيانه.

وإن قال: وقفت هذا على زيد سنة، ثم بعد السنة على الفقراء والمساكين - فظاهر كلام ابن الصباغ أنه يصح قولًا واحدًا. وقد ذكر الشيخ أبو حامد ما يدل على ذلك فى التى بعدها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز إلا على سبيلٍ لا ينقطع، وذلك من وجهين:

أحدهما: أن يقف على من لا ينقرض؛ كالفقراء، والمجاهدين، وطلبة العلم، وما أشبهها.

والثانى: أن يقف على من ينقرض، ثم من بعده على من لا ينقرض؛ مثل أن يقف على رجلٍ بعينه، ثم على الفقراء، أو على رجلٍ، ثم على عقبه، ثم على الفقراء.

فأما إذا وقف وقفًا منقطع الابتداء والانتهاء؛ كالوقف على عبده، أو على ولده، ولا ولد له؛ فالوقف باطل؛ لأن العبد لا يملك، والولد الذى لم يخلق لا يملك؛ فلا يفيد الوقف عليهما شيئًا.

وإن وقف وقفًا متصل الابتداء منقطع الانتهاء، بأن وقف على رجلٍ بعينه، ولم يزد عليه، أو على رجلٍ بعينه ثم على عقبه، ولم يزد عليه - ففيه قولان:

أحدهما: أن الوقف باطل؛ لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام، وهذا لا يوجد فى هذا الوقف؛ لأنه قد يموت الرجل، وينقطع عقبه.

والثانى: أنه يصح، ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى الواقف؛ لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد، فحمل فيما سماه على ما شرطه، وفيما سكت عنه على مقتضاه، ويصير كأنه وقف مؤبد.

ويقدم المسمى على غيره، فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف؛ لأنه من أعظم جهات الثواب.

والدليل عليه قول النبى ﷺ أنه قال: «لا صدقة وذو رحم محتاج».

وروى سليمان بن عامرٍ عن النبى ﷺ قال: «صدقتك على المساكين صدقة، وعلى ذى الرحم اثنتان: صدقة، وصلة».

وهل يختص به فقراؤهم، أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ فيه قولان:

أحدهما: يختص به الفقراء؛ لأن مصرف الصدقات إلى الفقراء.

والثانى: يشترك فيه الفقراء والأغنياء؛ لأن فى الوقف الغنى والفقير سواء.

وإن وقف وقفًا منقطع الابتداء متصل الانتهاء؛ بأن وقف على عبدٍ ثم على الفقراء، أو على رجلٍ غير معينٍ، ثم على الفقراء - ففيه طريقان:

من أصحابنا من قال: يبطل قولًا واحدًا؛ لأن الأول باطل، والثانى فرع لأصلٍ باطلٍ؛ فكان باطلًا.

ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: أنه باطل؛ لما ذكرناه.

والثانى: أنه يصح؛ لأنه لما بطل الأول صار كأن لم يكن، وصار الثانى أصلًا.

فإذا قلنا: إنه يصح؛ فإن كان الأول لا يمكن اعتبار انقراضه؛ كرجلٍ غير معينٍ؛ صرف إلى من بعده - وهم الفقراء - لأنه لا يمكن اعتبار انقراضه، فسقط حكمه.

وإن كان يمكن اعتبار انقراضه؛ كالعبد - ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: ينقل فى الحال إلى من بعده؛ لأن الذى وقف عليه فى الابتداء لم يصح الوقف عليه فصار كالمعدوم.

والثانى - وهو المنصوص -: أنه للواقف، ثم لوارثه إلى أن ينقرض الموقوف عليه ثم يجعل لمن بعده؛ لأنه لم يوجد شرط الانتقال إلى الفقراء، فبقى على ملكه.

والثالث: أنه يكون لأقرباء الواقف إلى أن ينقرض الموقوف عليه، ثم يجعل للفقراء؛ لأنه لا يمكن تركه على الواقف؛ لأنه أزال الملك فيه.

ولا يمكن أن يجعل للفقراء؛ لأنه لم يوجد شرط الانتقال إليهم، فكان أقرباء الواقف أحق.

وهل يختص به فقراؤهم، أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ على ما ذكرناه من القولين.

(فصل) وإن وقف وقفًا مطلقًا، ولم يذكر سبيله - ففيه قولان:

أحدهما: أن الوقف باطل؛ لأنه تمليك فلا يصح مطلقًا؛ كما لو قال: بعت دارى، ووهبت مالى.

والثانى: يصح - وهو الصحيح - لأنه إزالة ملكٍ على وجه القربة فصح مطلقًا؛ كالأضحية، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء، وقد بيناه.

(الشرح) حديث «لا صدقة وذو رحم محتاج» هذا جزء من حديث أبى هريرة مرفوعًا: «والذى بعثنى بالحق، لا يعذب الله يوم القيامة من رحم اليتيم، ولان له فى الكلام ورحم يتمه وضعفه ولم يتطاول على جاره بفضل ما آتاه الله. وقال: يا أمة محمد، والذى بعثنى بالحق، لا يقبل الله صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صدقته ويصرفها إلى غيرهم، والذى نفسى بيده، لا ينظر الله إليه يوم القيامة».

أخرجه الطبرانى فى الأوسط[1] من طريق عبد الله بن عامر الأسلمى عن الزهرى عن الأعرج عن أبى هريرة، به. وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد[2]: وفيه عبد الله

---

(١) (٨٨٢٨).

(٢) (٣/ ١٢٠).

ابن عامر الأسلمى وهو ضعيف. وقال أبو حاتم: ليس بالمتروك وبقية رجاله ثقات.

وأما حديث سليمان بن عامر فأخرجه أحمد[١]، والترمذى[٢]، والنسائى[٣]، وابن ماجه[٤]، والدارمى[٥]، والطيالسى[٦]، وعبد الرزاق[٧]، وابن أبى شيبة[٨]، والحميدى[٩]، وابن خزيمة[١٠]، وابن حبان[١١]، وأبو عبيد فى الأموال[١٢]، والطبرانى فى الكبير[١٣]، والحاكم[١٤]، والبيهقى[١٥] من طريق الرباب عن عمها سلمان بن عامر، به.

وقال الترمذى: حديث حسن.

وقال الحاكم: إسناده صحيح. ووافقه الذهبى، وصححه ابن خزيمة وابن حبان.

قلت: وفيه نظر؛ فإن الرباب بنت صليع مجهولة تفردت حفصة بنت سيرين بالرواية عنها ولم يوثقها غير ابن حبان.

قوله: (ينقرض)[١٦] يقال: انقرضوا، أى: انقطعوا، من القرض، وهو: القطع. والمقراض: الجلم؛ لأنه يقطع به.

الأحكام: إذا وقف وقفًا فلا يخلو من أربعة أحوال: إما أن يكون معلوم الابتداء والانتهاء، أو يكون مجهول الابتداء والانتهاء، أو يكون معلوم الابتداء مجهول

---

(١) (٤/١٧، ١٨، ٢١٤).
(٢) (٣/٤٦ - ٤٧) كتاب: الزكاة، باب: ما جاء فى الصدقة على ذى القرابة حديث (٦٥٨).
(٣) (٥/ ٩٢) كتاب: الزكاة، باب: الصدقة على الأقارب.
(٤) (١/ ٥٩١) كتاب: الزكاة، باب: فضل الصدقة حديث (١٨٤٤).
(٥) (١/٣٩٧) كتاب: الزكاة، باب: الصدقة على القرابة.
(٦) (١١٨١).
(٧) (٧٥٨٧).
(٨) (٤/٤٧).
(٩) (٢/٢٦٣) رقم (٨٢٣).
(١٠) (٢٠٦٧).
(١١) (٨٣٣ - موارد).
(١٢) ص (٣٢٤).
(١٣) (٦١٩٣، ٦١٩٤، ٦١٩٥، ٦١٩٦).
(١٤) (١/٤٠٧).
(١٥) (٧/٢٧) كتاب: الصدقات، باب: الرجل يقسم صدقته على قرابته.
(١٦) ينظر: النظم (٢/٨٨).

الانتهاء، أو يكون مجهول الابتداء معلوم الانتهاء.

فإن كان معلوم الابتداء والانتهاء، صح الوقف، وذلك يتصور فى وجهين:

أحدهما: أن يقفه على قوم معينين بالصفة لا يجوز بحكم العادة انقطاعهم، مثل: أن يقفه على الفقراء والمساكين، أو على طلبة العلم، أو أبناء السبيل، وما أشبه ذلك، أو على قبيلة لا تنقطع: كبنى تميم.

الثانى: أن يقفه على قوم معينين ينقطعون فى العادة، ثم بعدهم على من لا ينقطع، مثل أن يقفه على أولاده وأولاد أولاده، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين.

قال الشيخ أبو حامد: ولا يجوز أن يكون الابتداء معلومًا بالصفة، والانتهاء معلومًا بالتعيين، مثل أن يقول: وقفت هذا على الفقراء والمساكين، ثم على أولادى، أو على بنى تميم؛ لأن هذا لا يفنى؛ لأن الدنيا لا تخلو من فقراء ومساكين.

قال: إلا أن يقدره بمدة، مثل أن يقول: وقفته على الفقراء والمساكين سنة، أو عشر سنين، ثم على أولادى، ثم على بنى تميم - فيصح.

وإن كان الوقف مجهول الابتداء والانتهاء، مثل أن يقول: وقفت دارى على أولادى، ولا أولاد له، أو على رجال، أو على حمل هذه المرأة - فلا يصح الوقف؛ لأن الوقف تمليك للرقبة والمنفعة، فلم يصح على من لا يملك، كما لا يصح البيع والإجارة من غير ملك.

وإن كان الوقف معلوم الابتداء مجهول الانتهاء، مثل أن يقول: وقفت هذا على أولادى، ويسكت، وله أولاد، أو على أولادى وأولاد أولادى ما تناسلوا وتعاقبوا، ولم يصرفه بعد انقراضهم على سبيلٍ لا ينقطع - ففيه قولان:

أحدهما: أن الوقف باطل، وبه قال محمد بن الحسن؛ لأن مقتضى الوقف التأبيد، وهذا ليس بمؤبد؛ لأن نسله قد ينقطع، فلم يصح الوقف، كما لو كان مجهول الابتداء والانتهاء.

والثانى: يصح الوقف، وبه قال مالك؛ لأن ابتداء الوقف معلوم، ويمكن نقله إلى غيره بعد انقراضه؛ فصح، كما لو كان معلوم الابتداء والانتهاء.

فإذا قلنا: إن الوقف باطل، فإن الموقوف يكون باقيًا على ملك الواقف.

وإذا قلنا: إن الوقف صحيح، فإن الوقف يصرف إلى الموقوف عليهم ما داموا، فإذا انقرضوا ففيه ثلاثة أقوال حكاها المسعودى:

أحدها: يصرف إلى المساكين؛ لأنهم هم الذين يئول إليهم الوقف الصحيح.

والثانى - وهو قول أبى يوسف -: أنه يرجع ملكًا إلى الواقف إن كان باقيًا، أو إلى وارثه إن كان ميتًا؛ لأنه جعله وقفًا على من سماه؛ فلا يجوز أن يكون وقفًا على غيره؛ فرجع إلى الواقف.

والثالث - وهو الصحيح، ولم يذكر أصحابنا البغداديون غيره -: أنه ينقل إلى أقرب الناس بالواقف؛ لأن ملكه قد زال عنه على وجه القربة، فلم يعد إليه؛ كما لو أعتق عبدًا. وإذا لم يعد ملكه إليه، كان أقاربه بعد من سماه أولى؛ لأنه قصد جهة الثواب، وأولى جهات الثواب أقاربه؛ لقوله ﷺ: «لا صَدَقَةَ وَذُو رَحِمٍ مُحْتَاجٌ»[1]، وقوله ﷺ: «صَدَقَتُكَ عَلَى المْسَاكِينِ صَدَقَةٌ، وَعَلى ذِى رَحِمٍ اثْنَتَانِ: صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ»[2].

فإذا قلنا بهذا قال المسعودى: فاختلف أصحابنا فى أقرب الناس إليه:

فمنهم من قال: هم ورثته الذين جعلهم الله أحق بميراثه.

وقال ابن سريج: أقربهم جوارًا لا قرابة؛ لأن الشافعى قال: «يصرف إلى أقرب الناس بالواقف» وأقربهم به: جاره.

ومنهم من قال: أقربهم به رحمًا وإن لم يكن وارثًا. وهذا هو المشهور.

فعلى هذا: إن كان هناك ابن بنت، أو ابنة بنت، وابن عم - كان ابن البنت أو ابنة البنت أولى من ابن العم.

وإن كان هناك قرابة له ذكور ونساء: سوّى بينهم؛ فيقدم الأقرب فالأقرب، فأقربهم الأولاد، ثم أولادهم وإن سفلوا. فإن لم يكن أحد منهم، فالأبوان. فإن اجتمعا، استويا. فإن اجتمع له جدٌّ وأخ لأب، ففيه قولان:

أحدهما: أنهما سواء؛ كما قلنا فى الميراث.

---

(١) تقدم .

(٢) تقدم .

والثاني: أن الأخ أولى؛ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد.

وهل يختص به فقراؤهم، أو يشترك به الأغنياء والفقراء؟ فيه قولان:

أحدهما: يشترك فيه الأغنياء والفقراء؛ لأن اسم القرابة يجمعهم.

والثاني: يختص به الفقراء؛ لأن القصد منه القربة، والقربة فى الفقراء أكثر ثوابًا من الغنى.

وإن كان الوقف مجهول الابتداء معلوم الانتهاء، مثل: أن يقف على ولده ولا ولد له ثم على الفقراء، أو على قوم غير معينين ثم على الفقراء، أو على زيد ثم على الفقراء، فردَّ زيدٌ الوقفَ - فإن الوقف يبطل عليه، وهل يبطل الوقف على الفقراء فى هذه المسائل؟ اختلف أصحابنا فيه:

فقال أبو على بن أبى هريرة: هى على قولين كالتى قبلها. وقد نصَّ الشافعى على القولين فيها فى «حرملة»؛ لأن الجهالة دخلت فى أحد طرفى الوقف، فهو كما لو دخلت فى الانتهاء.

وقال أبو إسحاق: يبطل الوقف ههنا قولًا واحدًا، وهو المنصوص فى «المختصر»؛ لأن الثانى فرع لأصل باطل؛ فكان باطلًا.

فإذا قلنا: إنه باطل، فلا كلام.

وإذا قلنا: إنه صحيح، فلا حق للبطن الأول فيه. وهل ينقل الوقف إلى البطن الثانى؟ ينظر فيه:

فإن كان البطن الأول لا يمكن اعتبار انقراضه كرجل غير معين، نقل الوقف فى الحال إلى البطن الثانى.

وإن كان الأول يمكن اعتبار انقراضه كأم ولده، أو وقف على وارثه فى مرض موته، ثم على الفقراء - ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ينقل فى الحال إلى البطن الثانى؛ لأن الوقف لم يصح على الأول؛ فكان وجوده كعدمه.

والثاني: أنه يرجع إلى الواقف إن كان حيًّا، أو إلى وارثه إن كان ميتًا، إلى أن ينقرض البطن الأول؛ لأنه لا يمكن نقله إلى الثانى فى الحال؛ لأنه شرط فى صرفه إليه انقراض الأول؛ فبقى على ملك الواقف.

والثالث - وهو اختيار ابن الصباغ -: أنه ينقل إلى أقرب الناس بالواقف إلى أن ينقرض الأول، ثم ينقل إلى الثانى، كما قلنا فى الوقف المعلوم الابتداء، المجهول الانتهاء.

قال الشيخ أبو حامد: وقد نصَّ الشافعى فى «حرملة»: أن رجلًا لو وقف داره فى مرض موته على ولده، وولد ولده - صحَّ الوقف فى نصف الدار على ولد الولد، ولم يصح فى النصف على الولد؛ لأنه وارث؛ فيكون للولد أخذ نصف غلة الوقف ما عاش، فإذا مات صار ذلك لولد الولد. فجعل للولد أخذ نصف الغلة بحق الملك، فإذا مات نقل إلى ولد الولد.

فإذا قلنا: إنه ينقل إلى أقرباء الواقف، فهل يختص به فقراؤهم، أو يشترك فيه أغنياؤهم وفقراؤهم؟ على ما مضى من القولين.

فرع: قال المسعودى: لو وقف داره على زيد وعمرو، وسكت عن ذكر من بعدهما، وقلنا: يصح، فمات أحدهما - ففيه قولان:

أحدهما: يرجع نصيب الميت إلى الباقى منهما؛ لأنها موقوفة عليهما، فكان الباقى منهما أحق بها.

والثانى: يصرف نصيب الميت منهما إلى ما يصرف جميعها إذا ماتا، على ما مضى.

فصل: وإن قال: وقفت دارى، أو تصدقت به صدقة محرمة، ولم يقل على من - ففيه قولان:

أحدهما: إن الوقف باطل؛ لأن الوقف تمليك فلا بد من مملك، كالبيع والهبة.

ولأنه لا خلاف أنه لو قال: وقفت دارى على أقوام أو رجال، أنه لا يصح الوقف وقد ذكر الموقوف عليه؛ فبألا يصح ولم يذكره أولى.

والثانى: يصح الوقف؛ لأن القصد من الوقف القربة؛ فصح وإن لم يذكر الواقفُ الموقوفَ عليه، كما لو قال: عليَّ لله أن أضحى بهذه الشاة.

ولأنه لو قال: أوصيت بثلثى وأطلق؛ لصحت الوصية وصرفت إلى الفقراء؛ فكذلك هذا مثله.

ويفارق البيع والهبة؛ لأنه ليس لهما مصرف معروف.

ويفارق إذا وقف على قوم أو رجال غير معينين؛ لأنا لو صححناه ورددناه على

قوم؛ ربما أخطأنا مراده إن كان قصده غيرهم.

فإذا قلنا: إن الوقف صحيح، فإن الوقف يصرف إلى أقرباء الواقف؛ لأنهم أولى جهات الثواب.

قال الشافعى: ويستوى فيه الأغنياء والفقراء.

قال الشيخ أبو حامد: فنص على أحد القولين، ويجىء فيه القول الآخر أنه يختص به فقراؤهم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يصح الوقف إلا بالقول، فإن بنى مسجدًا، وصلى فيه، أو أذن للناس بالصلاة فيه - لم يصر وقفًا؛ لأنه إزالة ملكٍ على وجه القربة، فلم يصح من غير قولٍ مع القدرة؛ كالعتق، وألفاظه ستة: وقفت، وحبست، وسبلت، وتصدقت، وأبدت، وحرمت.

فأما الوقف والحبس والتسبيل، فهى صريحة فيه؛ لأن الوقف موضوع له ومعروف به، والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع، فإن النبى ﷺ قال لعمر - رضى الله عنه - «حبس الأصل، وسبل الثمرة».

وأما التصدق، فهو كناية فيه؛ لأنه مشترك بين الوقف، وصدقة التطوع فلم يصح الوقف بمجرده.

فإن اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة؛ بأن يقول: تصدقت به صدقةً موقوفةً، أو محبوسةً، أو مسبلةً، أو مؤبدةً أو محرمةً - أو حكم الوقف بأن يقول: صدقة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث - صار وقفًا؛ لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف.

وأما قوله حرمت وأبدت، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كناية فلا يصح به الوقف إلا بإحدى القرائن التى ذكرنا؛ لأنه لم يثبت له عرف الشرع، ولا عرف اللغة؛ فلم يصح الوقف بمجرده كالتصدق.

والثانى: أنه صريح؛ لأن التأبيد والتحريم فى غير الأبضاع لا يكون إلا بالوقف، فحمل عليه.

(الشرح) حديث عمر تقدم تخريجه.

قوله: (وقفت، وحبّست، وتصدقت، وسبّلت، وأبدت، وحرمت)[١]:

معنى (وقفت): منعت بيعه وهبته، من الرجل الواقف الذى امتنع من الذهاب والمجىء، وبقى متحيرًا قائمًا.

(وحبست): مأخوذ من الحبس: ضد الإطلاق.

(وتصدقت) أصله: من الصدق الذى هو ضد الكذب، كأنه يخرجها مصدقًا بما وعد من الثواب.

(وسبلت) معناه: جعلت له سبيلًا، أى: طريقًا إلى من يملك منفعته.

(وأبدت) جعلتها مؤبدة، من الأبد، وهو: الدهر.

(وحرمت) أى: حرمت بيعها وهبتها وإرثها.

الأحكام: لا يصح الوقف إلا بالقول. وألفاظه ستة:

وقَفْتُ، وحَبّسْتُ، وسَبّلْتُ، وتصدّقْتُ، وحرّمْتُ، وأَبّدْتُ.

فأما الوقف: فهو صريح؛ لأنه لا يصلح فى عرف اللغة إلا لذلك.

وأما التحبيس، والتسبيل: فهما صريحان أيضًا؛ لأن الشرع ورد بهما، وهو قول النبى ﷺ: «حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ»، ولا يصلحان فى اللغة إلا لذلك.

وأما الصدقة: فهو كناية: فإن نوى به الوقف، صار وقفًا فيما بينه وبين الله - تعالى - دون الحكم، إلا أن يقول: أنا نويت به الوقف؛ فيصير وقفًا فيما بينه وبين الله - تعالى - وفى الحكم؛ لأن هذه اللفظة مشتركة بين صدقة الفرض والتطوع، وهى فى صدقة التطوع أظهر.

فإن قرن بالصدقة لفظة من ألفاظ الوقف، بأن قال: صدقة موقوفة، أو محبّسة، أو مسبّلة، أو محرمة، أو مؤبدة، أو قرن بها حكمًا من أحكام الوقف، بأن قال: صدقة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث - صار ذلك وقفًا؛ لأن انضمام ذلك إلى لفظ الصدقة لا يحتمل غير الوقف.

وأما قوله: حرّمتُ، وأبّدتُ - ففيهما وجهان:

أحدهما: أنهما كناية. وهو اختيار المحاملى؛ لأن قوله «حرّمْتُ»، يقتضى تحريمًا عن نفسه، ولا يقتضى تمليك العين، والوقف يقتضى تمليك العين؛ فلم

---

(١) ينظر: النظم (٨٨/٢).

تكن صريحة.

وقوله: «أبّدتُ» يقتضى التأبيد، وليس لهذه اللفظة عرف مستعمل.

والثانى: أنهما صريحان. وهو اختيار ابن الصباغ؛ لأن لفظة التحريم والتأبيد لا يصلحان لغير الوقف.

قال ابن الصباغ: ولأن الشافعى جعلهما مع لفظة الصدقة صريحين فى الوقف. ولو كانا كناية فى الوقف لم تصر الصدقة بهما صريحًا؛ لأن بإضافة الكناية إلى الكناية لا يحصل الصريح.

فرع: فإن بنى مسجدًا وأذن للناس فى الصلاة فيه، أو أذن للناس فى الدفن فى أرضه - لم يصيرا بذلك وقفًا.

وقال أبو حنيفة: إذا بنى فى داره مسجدًا، وفتح بابه إلى الشارع، وأذن للناس فى الصلاة فيه، أو أذن للناس بالدفن فى أرضه - صارا بذلك وقفًا.

دليلنا: أنه تحبيس عين على وجه القربة؛ فكان من شرطه القول مع القدرة عليه؛ كما لو حبس دارًا على الفقراء والمساكين. وهذا احتراز من الأخرس.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإذا صح الوقف؛ لزم وانقطع تصرف الواقف فيه؛ لما روى ابن عمر - رضى الله عنهما - أن النبى ﷺ قال لعمر - رضى الله عنه -: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها؛ لا تباع ولا توهب ولا تورث» ويزول ملكه عن العين.

ومن أصحابنا من خرج فيه قولًا آخر: أنه لا يزول ملكه عن العين؛ لأن الوقف حبس العين، وتسبيل المنفعة، وذلك لا يوجب زوال الملك.

والصحيح هو الأول؛ لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف فى العين والمنفعة؛ فأزال الملك كالعتق.

واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك إليه:

فمنهم من قال: ينتقل إلى الله - تعالى - قولًا واحدًا؛ لأنه حبس عينٍ وتسبيل منفعةٍ على وجه القربة فأزال الملك إلى الله - تعالى - كالعتق.

ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: أنه ينتقل إلى الله - تعالى- وهو الصحيح لما ذكرنا.

والثانى: أنه ينتقل إلى الموقوف عليه؛ لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل

المالية ينقل إلى الآدمى كالصدقة.

(فصل) ويملك الموقوف عليه غلة الوقف، فإن كان الموقوف شجرةً ملك ثمرتها، وتجب عليه زكاتها؛ لأنه يملكها ملكًا تامًا فوجب زكاتها عليه.

فإن كان حيوانًا - ملك صوفه ولبنه؛ لأن ذلك من غلة الوقف، وفوائده؛ فهو كالثمرة.

وهل يملك ما تلده؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملكه؛ لأنه نماء الوقف، فأشبه الثمرة وكسب العبد.

والثانى: أنه موقوف كالأم؛ لأن كل حكمٍ ثبت للأم يتبعها فيه الولد، كحرمة الاستيلاد فى أم الولد.

وإن كان جاريةً - ملك مهرها؛ لأنه بدل منفعتها، ولا يملك وطأها؛ لأن فى أحد القولين: لا يملكها، وفى الثانى: يملكها ملكًا ضعيفًا؛ فلم يملك به الوطء.

فإن وطئها، لم يلزمه الحد؛ لأنه فى أحد القولين: يملكها، وفى الثانى: له شبهة ملكٍ.

وفى تزويجها وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه ينقص قيمتها وربما تلفت من الولادة؛ فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف.

والثانى: يجوز؛ لأنه عقد على منفعتها فأشبه الإجارة.

فإن قلنا: إنها للموقوف عليه - كان تزويجها إليه.

وإن قلنا: إنها تنتقل إلى الله - تعالى - كان تزويجها إلى الحاكم؛ كالحرة التى لا ولى لها، ولا يزوجها الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه؛ لأن له حقًا فى منافعها فلم يملك التصرف فيها بغير إذنه، فإن أتت بولدٍ مملوكٍ - كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة.

(الشرح) أما حديث ابن عمر فتقدم فى أول الوقف.

الأحكام: إذا صح الوقف، زال ملك الواقف عن الوقف.

وحكى أبو العباس بن سريج فيه قولًا آخر: أنه لا يزول ملكه عن الوقف، وهو قول مالك، والأول هو المشهور؛ لأن الوقف سبب يقطع تصرف الواقف فى الرقبة والمنفعة؛ فأزال الملك كالعتق.

إذا ثبت هذا: فإلى من ينتقل الملك فى الوقف؟

نصَّ الشافعى هاهنا: أن الملك ينتقل فيه إلى الله -تعالى- ونصَّ فى الشهادات: أن الرجل إذا ادعى أن أباه وقف عليه، وأقام عليه شاهدًا واحدًا - حلف معه.

فمن أصحابنا من قال: هذا يدل على أن الملك انتقل إلى الموقوف عليه؛ لأنه حكم بثبوت الوقف بشاهد ويمين، ولو انتقل إلى الله - تعالى - لم يحكم بثبوته بشاهد ويمين، كما قلنا فى العتق؛ فتكون المسألة على قولين:

أحدهما: ينتقل الملك فيه إلى الموقوف عليه، إلا أنه لا يملك التصرف فى رقبته؛ لأن الوقف متمول؛ بدليل أنه يجب على متلفه القيمة، وما كان متمولا؛ فإن الملك فيه للآدمى؛ كالحربى إذا اسْتُرِقَّ، والصيد.

والثانى: أنه ينتقل إلى الله - تعالى - وهو الصحيح؛ لأنه معنى يزيل الملك، ولا يقصد به الانتفاع بالرقبة؛ فانتقل إلى الله - تعالى - كالعتق.

وقال أبو العباس: ينتقل إلى الله - تعالى - قولًا واحدًا؛ لما ذكرناه. وإنما حكم الشافعى فيه بالشاهد واليمين؛ لأن ملك المنفعة للموقوف عليه، والمنافع تثبت بالشاهد واليمين.

وحكى القاضى أبو الطيب طريقًا ثالثًا: أن الملك ينتقل إلى الموقوف عليه قولًا واحدًا. وحيث قال الشافعى: «يملك الموقوف عليه منفعته لا رقبته» أراد به: لا يملك بيع رقبته ولا هبتها، والصحيح الطريق الأول.

فصل: وأما منفعة الوقف: فإنها ملك للموقوف عليه بلا خلاف.

فإن كان الموقوف شجرة، ملك الموقوف عليه ثمرتها، وتجب فيها الزكاة؛ لأنه يملكها.

وإن كان الموقوف نِصَابًا من الماشية على رجُلٍ تجب عليه الزكاة، وحال عليها الحول، فإن قلنا: إن الملك فيها لله - تعالى - لم تجب فيها الزكاة، وإن قلنا: إنها فى ملك الموقوف عليه، فهل تجب عليه الزكاة؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الزكاة.

قال الشيخ أبو حامد: فإذا قلنا: يجب عليه، فإنه لا يخرجها منها، وإنما يخرجها من ماله.

ويملك الموقوف عليه صوفها ولبنها؛ لأنه غلتها.

وإن ولدت أولادًا بعد الوقف، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الولد ملك للموقوف عليه يجوز له بيعه؛ لأنه من نمائها، فهو كثمرة الشجرة وكسب العبد.

والثاني: أن الولد يكون وقفًا، كالأم؛ لأن كل حكم ثبت للأم تبعها فيه الولد، كأم الولد.

وإن وقف بهيمة حاملًا، قال ابن الصباغ: فإن قلنا: للحمل حكم، كان الولد وقفًا.

وإن قلنا: لا حكم للحمل، كان كالولد الحادث بعد الوقف، على الوجهين.

فرع: وإن كان الموقوف جارية فوطئها الواقف أو أجنبى بشبهة، أو أكرهها على الوطء - وجب عليه المهر للموقوف عليه؛ لأن ذلك من كسبها.

ولا يجوز للموقوف عليه وطؤها قولًا واحدًا؛ لأنه لا يملكها فى أحد القولين، ويملكها فى الثانى، إلا أنه ملك ضعيف؛ بدليل أنه لا يملك بيعها ولا هبتها، والوطء لا يكون إلا فى ملك تام، فإن خالف ووطئها لم يجب عليه الحد؛ لأنه وطء شبهة، ولا يجب عليه المهر؛ لأنه لو وطئها غيره وطئًا يوجب المهر لكان المهر الذى يستحق عليه للموقوف عليه؛ فلا يجوز أن يستحق مهرها على نفسه.

وهل يجوز تزويجها؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ كما يجوز إجارتها.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه يخاف عليها أن تحبل من الوطء، وتموت منه؛ فيبطل حق البطن الثانى منها.

وإذا قلنا: يجوز تزويجها، فمن يزوجها؟

إن قلنا: إن الملك فيه للموقوف عليه، زوَّجَها.

وإن قلنا: إنه لله - تعالى - زوَّجَها الحاكم بإذن الموقوف عليه، ويجب لها مهرها.

وإن أتت بولد كان على الوجهين فى ولد البهيمة.

إذا ثبت هذا: فقد سبق الوعد فى بداية حديثنا عن الوقف بتفصيل القول فى مسألة لزوم الوقف وعدم لزومه، وما يتصل بها من كلام حول جواز الوقف وعدم جوازه،

وقد جاء وقت ذلك، فنقول - وبالله التوفيق -:

الوقف: جائز شرعًا عند جميع العلماء والأئمة المجتهدين، فلم يخالف فى أنه مشروع أحد، ولم يقل بحرمته فقيه، وما نسب إلى الإمام أبى حنيفة النعمان من أنه لا يجيز الوقف، فغير مراد له، بل مراده أنه لا يرتب الأحكام المذكورة من اللزوم قال فى «الفتح»: ومعلوم أن قوله: «لا يجوز»، و «لايجيز» ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف، أى: لا يثبت الأحكام التى ذكر غيره أنها أحكام للوقف، فلا خلاف إذًا، فأبو حنيفة لا يجيز الوقف أى: لا يثبت الأحكام التى ذكرت إلا أن يحكم به حاكم. أ هـ.

وقال فى المبسوط: فأما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك، أى: أنه لم يجعله لازمًا، فأما أصل الجواز فثابت عنده، كالعاريَّة تصرف المنفعة إلى جهة الوقف، وتبقى العين على ملك الواقف، فله أن يرجع، ويجوز بيعه، ويورث عنه. ا هـ.

وقد صرّح العينى فى العمدة أن الإجماع منعقد على صحة الوقف، وإنما الخلاف فقط فى لزومه.

وقال فى البدائع: لا خلاف بين العلماء فى جواز الوقف أما عند الصّاحبين والشافعى وأحمد ومالك - رضوان الله عليهم - فإن الوقف صحيح ولازم؛ لتضافر الأدلة وقوة المستندات التى ينبنى عليها لزوم الوقف، إلا أنهم اختلفوا فى أن الموقوف ملك للواقف أم لا، أى: أنه فى حوزة الواقف أم خرج عن ملكه لا إلى مالك؟ قال بالأول الإمام مالك، وقال بالأخير الصاحبان والشافعى، وأحمد فى أحد قوليه، وقد انفرد محمد بشروط فى الوقف.

واستدل هؤلاء العلماء القائلون بلزوم الوقف بالسنة والإجماع والقياس، كما استدل أبوحنيفة بالسنة والقياس.

والآن نسرد لك أدلة كل، وما يرد عليها من اعتراضات، والجواب عنها.

رأى أبى حنيفة رضى الله عنه:

يقول الإمام أبو حنيفة: إن الوقف غير لازم، إلا فى المسائل الآتية:

١ - إذا حكم به حاكم، وصورة ذلك: أن يقف داره مثلًا، ويسلمها إلى متولٍّ، ثم يطلبه منه راجعًا عنه مبطلًا إياه، فيمتنع عن التسليم، فيخاصمه إلى الحاكم - فإن قضى بلزومه لزم.

والمراد بالحاكم: الولى الذى ولاه الخليفة، أو ولى أمر القضاء، وأما المحَكَّم - وهو المفوض إليه فضُّ النزاع بين متخاصمين فى حادثة معينة برضاهما وتحكيمهما إياه - فلا عبرة بقضائه، ولا يلزم الوقف بفصله فيه على رأى البعض.

وقال البعض الآخر: يلزم.

ولو كان الواقف مجتهدًا يرى لزوم الوقف، فأمضى رأيه فيه، وعزم على زوال ملكه عنه - لزم الوقف، ولا يصح الرجوع فيه وإن تبدل رأى المجتهد.

٢ - وإذا بنى مسجدًا وأفرزه عن ملكه، وأذن للناس بالصلاة فيه - فبالصلاة فيه يزول ملكه - ولو كان المصلى واحدًا - فليس له الرجوع فيه والتصرف فيه ببيع وهبة وإرث.

وقد اشترط الإفراز هنا؛ ليتحقق خلوصه لله؛ فلا يكون فيه شائبة الملك المتحققة قبل الإفراز.

وأما اشتراط الصلاة فيه فلأنه لما كان التسليم ضروريًّا فيه، ولا يتأتى فى المسجد؛ لعدم المتولى الخاص، أقيم تحقق المقصود منه - وهو الصلاة - مقام التسليم؛ لأن المسجد وقف من أجلها.

ولما كان فصل الجنس متعذرًا، اكتفى بصلاة الواحد.

وعن محمد: أنه يشترط الصلاة جماعة؛ لأن المسجد أسس لأجلها فى الغالب؛ ولذلك سمى جامعًا؛ لاجتماع الناس فيه.

وإذا جعل تحت المسجد سردابًا أو فوقه دارًا ليسا تابعين له فى الوقفية - لم يكن الوقف لازمًا؛ لعدم خلوصه لله - تعالى - فإنه إن كان السفل مسجدًا، فإن لصاحب العلو حقًّا فى السفل، فله أن يمنع صاحب السفل أن ينقب فيه كوة، أو يدق فيه وتدًا، أو يعمل عملًا من شأنه الإضرار بالعلو. وإذا كان العلو مسجدًا، فإن أرض العلو ملك لصاحب السفل.

وأما إذا كانا تابعين له، فلا بأس؛ كما فى بيت المقدس، وهذا ظاهر المذهب.

وعن أبى حنيفة: أنه إذا كان السفل مسجدًا دون العلو، جاز؛ لأنه يتأبد بخلاف العلو. وهذا تعليل للحكم بوجود شرطه وهو التأبيد، وإنما يثبت الحكم مع عدم المانع، أما وقد وجد المانع هنا - وهو تعلق حق أحد - فلا فائدة من هذا التعليل.

وقال محمد: لا يجوز؛ لأن المسجد معظم وهذا يتنافى مع الأمور السابقة. وهذا تعليل بحكم الشيء، وهو متفق على وجوده، فمتى انتفى هذا انتفى ذاك، وما روى

عن أبى يوسف ومحمد غير ذلك فللضرورة.

وإذا اتخذ وسط داره مسجدًا، وأذن للناس بالدخول فيه - لم يجز عند أبى حنيفة؛ لأن المسجد لا يمنع من دخوله أحد، ومتى كان ملكه محيطًا به، كان له أن يمنع الدخول إليه أى وقت شاء؛ فلم يكن حينئذ خالصًا لله - تعالى -.

وقال محمد: يجوز؛ لأنه لما وقف وسط داره، دخل فى ذلك الطريق؛ للزومها له؛ فليس له أن يمنع أحدًا.

وإذ اتخذ أرضه مسجدًا، لزم، فلا تباع ولا توهب ولا تورث.

وأما إذا أخرج الوقف مخرج الوصية فيقول: أوصيت بغلّة أرضى أو دارى، أو يقول: جعلتها وقفًا بعد موتى؛ فتصدقوا بها على المساكين، أو يوصى بأنه يوقف - فإنه يلزم فى رواية عنه.

والصحيح: أنه يصح من الثلث غير لازم اتفاقًا؛ لكونه وصية محضة، واللزوم إنما هو فى حق ورثته حتى لو مات من غير رجوع يلزمهم التصدق بمنافعه مؤبدًا، ولا يمكنهم أن يتملكوه بعده؛ لتأبد الوصية بعدم إمكان انقطاع الفقراء، بخلاف الوصية بخدمة عبده لإنسان بعينه؛ فإنه إذا مات الموصى له، يرجع العبد إلى ورثة الموصى؛ لانتهائها بموت المستحق للخدمة.

فى هذه الصور الثلاث يلزم الوقف عند أبى حنيفة: أما فى الصورة الأولى فقد جاء اللزوم من قاعدة عامة متفق عليها بين الأئمة، وهى أن القضاء يرفع الخلاف، فمتى قضى القاضى باللزوم لا يرد حكمه أحد؛ فاللزوم هنا عرضى لا ذاتى.

وأما فى المسجد، فلخلوصيته لله - تعالى - وقياسه على الكعبة.

وأما فى الثالثة، فلأنه وصية، وقد ورد الشرع بها بالإجماع، ولا خلاف فيها.

أما فى غير هذه المسائل، فلا يلزم الوقف، لما يأتى من الأدلة.

ما استند إليه أبو حنيفة رضى الله عنه هنا.

١ - ما أسنده الطحاوى فى «شرح معانى الآثار» إلى عكرمة عن ابن عباس - رضى الله عنهما - قال: سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أُنزلت سورة النساء، وأنزلت فيها الفرائض - نهى عن الحبس[١].

---

(١) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٤/ ٦٨) من طريقين عن عكرمة عن ابن عباس، وقال: لم يسنده =

وروى هذا الحديث الدارقطنى، ورواه ابن أبى شيبة موقوفًا عَلَى على: حدثنا هشيم عن إسماعيل بن أبى خالد عن الشعبى قال: قال على - رضى الله عنه -: لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع.

٢ - ما رواه ابن أبى شيبة فى البيوع: حدثنا وكيع وابن أبى زائدة عن مِسعر عن ابن عون عن شريح قال: جاء محمد ببيع الحبس[١].

٣ - ما روى الزهرى أن عمر - رضى الله عنه - قال: لو لا أنى ذكرت صدقتى لرسول الله ﷺ لرددتها.

٤ - ما روى أن حسانًا - رضى الله عنه - باع نصيبه من وقف أبى طلحة.

٥ - أن قوله ﷺ: «حبس أصلها»[٢] لا يستلزم التأبيد، بجواز حبس أصلها ما شئت مدة اختيارك.

٦ - أن نتيجة كون الوقف صدقة دائمة - كما هو مسلم عند الجميع - أن يكون مالكًا له، وإلا كان متصدقًا بما لا يملكه؛ إذا قلنا بخروجه عن ملكه؛ فيلزم على قيام الملك عدم لزوم الوقف؛ لأن ثمرة الملكية التصرف ببيع، وهبة، ونحو ذلك.

٧ - ما روى أن رسول الله ﷺ قال: «يَقُولُ ابْنُ آدَمَ: مَالِى، مَالِى، وَهَل لَكَ مِنْ مَالِكَ إِلَّا مَا أَكَلْتَ فَأَفْنَيتَ، أَوْ لَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ، أَوْ تَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهو مَالُ الْوَارِثِ»[٣]. رواه مسلم.

= عن ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان، والبيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٦٢) وذكره الهيثمى فى المجمع (٥/ ٧) وقال رواه الطبرانى، وفيه عيسى بن لهيعة، وهو ضعيف.

(١) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٦٣).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه مسلم (٤/ ٢٢٧٣) كتاب الزهد والرقائق: «باب» رقم (٣/ ٢٩٥٨»)، والترمذى (٥/ ٤٤٧) كتاب تفسير القرآن، باب «ومن سورة التكاثر» رقم (٣٣٥٤)، (٤/ ٥٧٢) كتاب الزهد: باب منه رقم (٢٣٤٢)، والنسائى (٦/ ٢٣٨) كتاب الوصايا: باب «الكراهية فى تأخير الوصية» رقم (٣٦١٣)، وأحمد (٤/ ٢٤)، وأبو نعيم فى «الحلية» (٢/ ٢١١) عن مطرف بن عبد الله الشخير عن أبيه.

قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح.

وفى الباب من حديث أبى هريرة - رضى الله عنه - نحوه، أخرجه مسلم (٤/ ٢٢٧٣) =

٨ - أن الوقف المذكور لا يقاس على المسجد؛ لأن المسجد جعل لله - تعالى - على الخلوص أى خالصًا محررًا من أن يملك أحد فيه شيئًا غير العبادة، وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين؛ قياسًا على الكعبة.

والوقف غير المسجد، ليس كذلك؛ بل ينتفع العباد به زراعة وسكنى واستغلالًا كما ينتفع بالمملوكات، وما كان كذلك، فليس كالمسجد حتى يقاس على الكعبة كما قيس المسجد عليها.

٩ - إن أوقاف الصحابة - رضوان الله عليهم - ما كان منها فى زمن النبى ﷺ احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء، فلم تقع حبسًا عن فرائض الله، وما كان بعد وفاته احتمل أن ورثتهم أمضوها بالإجازة، والدليل متى طرقه الاحتمال، سقط به الاستدلال.

١٠ - أما وقف رسول الله ﷺ فإنما جاز؛ لأن المانع من الوقف وقوعه حبسًا عن فرائض الله - تعالى - ووقفه ﷺ لم يقع حبسًا عن الفرائض؛ لقوله - عليه السلام -: «نَحْنُ مَعَاشِرَ الأَنْبِياءِ لا نُورَّثُ، مَا تَرَكْنَاهُ صَدَقَةٌ»[1].

= كتاب الزهد والرقائق: باب رقم (٤/ ٢٩٥٩)، والبيهقى (٣/ ٣٦٩) كتاب الجنائز: باب «ما ينبغى لكل مسلم أن يستعمله من قصر الأمل»، وابن حبان فى صحيحه (٨/ ٣٥، ٣٦) كتاب الزكاة: باب «ما جاء فى الحرص وما يتعلق به» رقم (٣٢٤٤).

(١) أخرجه البخارى (٦/ ٢٢٧ - ٢٢٨) كتاب فرض الخمس: باب فرض الخمس حديث (٣٠٩٤)، (٧/ ٣٨٩) كتاب المغازى، باب حديث لبنى النضير، حديث (٤٠٣٣)، (٩/ ٤١٢ - ٤١٣) كتاب النفقات: باب حبس الرجل قوت سنة على أهله حديث (٥٣٥٨)، (١٣/ ٢٩٠ - ٢٩١) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة: باب ما يكره من التعمق والتنازع والغلو فى الدين والبدع حديث (٧٣٠٥) ومسلم (٣/ ١٣٧٧ - ١٣٧٩) كتاب الجهاد: باب حكم الفىء حديث (٤٩/ ١٧٥٧) وأبو داود (٢/ ١٥٤ - ١٥٦) كتاب الخراج: باب فى صفايا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من الأموال حديث (٢٩٦٣) والترمذى (٤/ ١٥٨) كتاب السير: باب ما جاء فى تركة رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث (١٦١٠) وفى «الشمائل» (٢١٦) وعبد الرزاق (٩٧٧٢) وأبو يعلى (١/ ١٢، ١٣) رقم (٢، ٤) وابن حبان فى «صحيحه» «٨/ ٢٠٧ - الإحسان» حديث (٦٥٧٤) والبيهقى (٦/ ٢٩٧) والبغوى فى «شرح السنة» (٥/ ٦٣١، ٦٣٢) كلهم من طريق الزهرى عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب، به. وفيه قصة طويلة.

وأخرجه مالك (٢/ ٩٩٣) كتاب الكلام: باب ما جاء فى تركة النبى صلى الله عليه وسلم حديث (٢٧) والبخارى (١٢/ ٧، ٨) كتاب الفرائض: باب قول النبى صلى الله عليه وسلم: «لا نورث ما تركنا صدقة» حديث (٦٧٢٧، ٦٧٣٠) ومسلم (٣/ ١٣٧٩) كتاب =

الرد على أبى حنيفة - رضى الله عنه -:

١ - يجاب عن الحديث الأول بما يأتى:

أ - بأن فى سند هذا الحديث ابن لَهِيْعَةَ وأخاه، وهما ضعيفان عند المحدثين.

ب - لو سلم بصحته، فإن الحبس المعنى به فى الحديث والمنهى عنه هو ما كان معتادًا عند الجاهلية من حرمان بعض الورثة وتخصيص البعض بالميراث، لا مطلق الحبس، حتى يشمل النهى الوقف. هذا ويدل على صحة ما قلناه سبب نزول آية المواريث، وهو ما روى أن أهل الجاهلية ما كانوا يورثون النساء، ولا الأطفال، ويقولون: إنما يرث من يحمل السلاح، ويدافع عن الحوزة، فحبسوا ومنعوا إرث النساء والأطفال؛ فنهى رسول الله ﷺ بعد نزول هذه الآية عن الحبس عن الفرائض بتخصيص البعض دون البعض؛ كما كانوا يفعلون فى الجاهلية.

ج - لو كان الوقف حبسًا عن فرائض الله، لمنع الإنسان من سائر التصرفات؛ لأن فيه معنى الحبس، وهذا باطل وغير معقول؛ قال ابن حزم فى المحلَّى: وأما قول مانع الوقف: «لا حبس عن فرائض الله - تعالى - » فقول فاسد؛ لأنهم لا يختلفون فى جواز الهبة والصدقة فى الحياة، والوصية بعد الموت».

فإن قالوا: هذه شرائع جاء بها النص.

قلنا: والوقف شريعة جاء بها النص، ولولا ذلك لم يجز.

د - إن للحبس معنيين: منع من الانتفاع بالشىء وإهداره، ومنع من التملك مع بقاء الانتفاع به، غير أنه لا يجوز بيعه، ولا يوهب، ولا يورث. والأول هو الممنوع

= الجهاد والسير: باب قول النبى صلى الله عليه وسلم: «لا نورث ما تركنا فهو صدقة» حديث (١٧٥٨/٥١) وأبو داود (٢/ ١٦٠، ١٦١) كتاب الخراج والفىء والإمارة: باب فى صفايا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من الأموال حديث (٢٩٧٦، ٢٩٧٧) والنسائى (٧/ ١٣٢) كتاب قسم الفىء، وأحمد (٦/ ١٤٥، ٢٦٢) وعبد الرزاق (٩٧٧٤) وابن الجارود فى «المنتقى» رقم (١٠٩٨) وابن حبان (٨/ ٢٠٩ - الإحسان) رقم (٦٥٧٧) والبيهقى (٦/ ٢٩٧، ٢٩٨) كلهم من طريق الزهرى عن عروة بن الزبير عن عائشة قالت: إن أزواج النبى - صلى الله عليه وسلم - حين توفى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أردن أن يبعثن عثمان بن عفان إلى أبى بكر فيسألنه ميراثهن من النبى صلى الله عليه وسلم فقالت عائشة لهن: أليس قد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «لا نورث ما تركنا فهو صدقة».

وفى بعض طرق الحديث أن راوى هذا الحديث هو أبو بكر .

والمنهى عنه فى الحديث؛ لأن فيه إضاعة مال بدون فائدة وإسرافًا وتبذيرًا، ولقد كانت الحبس بالمعنى الأول معهودة فى الجاهلية، وقد حرمها الله - تعالى - بقوله: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣].

روى البخارى عن سعيد بن المسيب قال: البحيرة التى يمنع درها للطواغيت، فلا يحلبها أحد من الناس. والسائبة: التى كانوا يسيبونها لآلهتهم؛ فلا يحمل عليها شىء. والوصيلة: الناقة البكر، تبكر فى أول نتاج الإبل بأنثى، ثم تثنى بعد بأنثى، وكانوا يسيبونها لطواغيتهم؛ إن وصلت إحداها بأخرى ليس بينهما ذكر. والحامى: فحل الإبل يضرب الضراب المعدودة، فإذا قضى ضرابه، دعوه للطواغيت، وأعفوه من الحمل عليه، فلا يحمل عليه شىء، وسموه الحامى[(١)]. اهـ.

هـ - ولا يؤخذ بالعموم فى قوله ﷺ: «لا حبس» لأن النصوص المتضافرة الدالة على ثبوت الوقف تخصصه، وليس من المعقول أن يمنع الشخص من كل تصرف فى حال صحة حال عدم قيام المانع من نفاذ تصرفاته بحجة أنه حبس عن فرائض الله، إذ كل تصرف ينطبق عليه ذلك.

و - إن حقوق الورثة لم تتعلق بمال مورثهم حال حياته، فلا يستحقون الأنصباء المقررة لهم شرعًا إلا بعد وفاته، فكيف يتحقق الحبس، والحال أنه لا حق متعلق بالمال؛ ولذا فسر بعضهم حديث ابن عباس وقول شريح وعلى بأن المراد منه: لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة.

وقال العينى فى شرح الهداية: وفى مبسوط شيخ الإسلام: الاستدلال بهذا الحديث غير مستقيم؛ لأنه إنما يستقيم هذا إذا تعلق به حق الوارث أما إذا كان الوقف قبل التعلق، فليس حبسًا عن فرائض الله؛ كالتصدق بالغلات.

على أن هذا الحديث، وهو «لا حبس..» إلخ لا يخلو الحال: إما أن يكون قد صدر من رسول الله ﷺ قبل أمره عمر بالوقف، أو بعده.

فإن كان قبله فلا يصح التعميم؛ ليشمل الوقف الآن؛ لعدم معرفتهم فى الجاهلية؛ كما نصَّ الشافعى - رضى الله عنه - فى «الأم» على ذلك، ولا يخاطب النبى ﷺ الناس إلا بما يفهمونه ويعهدونه.

---

(١) أخرجه البخارى (٩/١٦٦ - ١٦٧) كتاب التفسير (٤٦٢٣).

وعلى فرض أنه كان معروفًا قبل الإسلام فإن حديث عمر مخصص له، مخرج للوقف من عمومه.

وإن كان النهى صادرًا بعد أمره عمر بالوقف، فلا يصح أن يكون ناسخًا لمشروعية الوقف؛ إذ الواقع يبطله؛ فإنه لو ثبت ذلك لما وقف الصحابة أوقافهم، ولا يعقل جهلهم كلهم بناسخه وإطباقهم على العمل بالمنسوخ؛ فتعين حمل الحبسِ الواردة فى الحديث على ما كان معلومًا لدى الجاهلية.

٢ - وأما حديث شريح، فقد تكفل بالرد عليه ودفعه ما ذكره ابن رشد فى المقدمات، وأسنده إلى الإمام مالك - رضى الله عنه - ونقله الرهونى فى حاشية الزرقانى على خليل، ونَصُّ عبارته: وقد قيل لمالك إن شريحًا لا يرى الحبس، فقال مالك: تكلم شريح ببلاده، ولم يرد المدينة، فيرى آثار الأكابر من أزواج الرسول ﷺ وأصحابه والتابعين من بعده، وهلم جرا إلى اليوم، وما حبس من أموالهم لا يطعن فيه طاعن، وهذه صدقات رسول الله ﷺ سبعة حوائط. وينبغى للمرء ألا يتكلم إلا فيما أحاط به خبرًا.

وبهذا احتج مالك - رحمه الله - لما ناظره أبو يوسف بحضرة الرشيد، فقال: هذه أحباس رسول الله ﷺ ينقلها الخلف عن السلف قرنًا بعد قرن، وجيلًا بعد جيل، فقال أبو يوسف: كان أبوحنيفة يقول: إنها غير جائزة، وأنا أقول: إنها جائزة، ورجع فى الحال عن قول أبى حنيفة إلى الجواز(١). اهـ.

وللباجى فى منتقاه نحوه، وزاد ما نصه: وهذا فضل أهل الدين والعلم فى الرجوع إلى الحق متى ظهر وتبين.

وقال ابن حزم فى المحلى ما نصه: وقال بعضهم: قد كان شريح لا يعرف الحبس، ولو كان صحيحًا لم يجز أن يستقضى من يجهل مثل هذا.

قال أبو محمد بن حزم: لو استحيا قائل هذا، لكان خيرًا له، وهلا قالوا هذا فى كل ما خالفوا فيه شريحًا؟ وأى نكرة فى جهل شريح سنة وألف سنة. . .؟ إلى أن قال: ولو لم يستقض إلا من لا تخفى عليه سنة، ولا يغيب عن ذكره ساعة من دهره حكمٌ من أحكام القرآن - ما استقضى أحد، ولا قضى، ولا أفتى أحد بعد

---

(١) انظر السنن الكبرى للبيهقى (٦/ ١٦٣).

رسول الله ﷺ. ا هـ.

فكون الحديث يخفى على شريح وأبى حنيفة لا غرابة فيه، ولا يحط من كرامتهما، فقد خفى عدة أحاديث على كثير من الصحابة ممن هو أفضل منهما، وأوسع علمًا، وأشد اتصالًا بالرسول ﷺ.

قال الشافعى ما نصه: «إن عمر - رضى الله عنه - مع فضل علمه، وصحبته، وطول عمره، وكثرة مساءلته وتقواه - قد حكم أحكامًا بلغه فى بعضها عن النبى ﷺ فرجع عن حكمه إلى ما بلغه عن رسول الله ﷺ فإنه قد يعزب عن الكثير الصحبة الشىء من العلم يحفظه الأقل علمًا وصحبة منه، فهو يمنعه فى ذلك من قبوله. اهـ.

وكذلك خفى الناسخ الذى نسخ ما نزل من القرآن: «عشر رضعات يحرمن» ثم نسخ بخمس رضعات يحرمن، وتوفى رسول الله ﷺ وهى فيما يقرأ من القرآن[١] مع أن ذلك منسوخ التلاوة أيضًا بالإجماع، وناسخها قد خفى على كل من كان يقرؤها من أصحاب رسول الله ﷺ إلى أن توفى عليه الصلاة والسلام، ولما بلغه الناسخ رجع عن قراءتها.

قال الحافظ أبو محمد على بن حزم: وكان علم التيمم عند عمار وغيره، وجهله عمر وابن مسعود، وقالا: لا يتيمم الجنب ولو لم يجد الماء شهرين[٢].

وكان حكم المسح عند على وحذيفة وغيرهما، وجهلته عائشة وابن عمر وأبو هريرة[٣]، وهم مدنيون.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٧٥) فى الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات (٢٤ - ٢٥/ ١٤٥٢)، وأبو داود (١/ ٦٢٩) فى النكاح: باب هل يحرم ما دون خمس رضعات (٢٠٦٢) والترمذى (٣/ ٤٥٦) فى الرضاع، باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان (١١٥٠) والنسائى (٦/ ١٠٠) فى النكاح، باب القدر الذى يحرم من الرضاعة.
وابن ماجه (١/ ٦٤٥) فى النكاح، باب رضاع الكبير (١٩٤٤) ومالك (٢/ ٦٠٨) فى الرضاع، باب جامع ما جاء فى الرضاعة، (١٧) والدارمى (٢/ ١٥٧) كتاب النكاح، باب كم رضعة تحرم، عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة، به.
وكذا أخرجه الشافعى (٢/ ٢١) برقم (٦٦) والبيهقى (٧/ ٤٥٤) والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٦٣) برقم (٢٢٧٦) .

(٢) انظر مصنف ابن أبى شيبة (١٦٦٧) و (١٦٧١) .

(٣) انظر الأوسط لابن المنذر (١/ ٤٢٦ - ٤٢٧) .

وكان توريث بنت الابن مع البنت عند ابن مسعود، وجهله أبو موسى[١].
وكان حكم الصرف عند عمر وأبى سعيد وغيرهما وجهله طلحة[٢].

وبعد أن ذكر كثيرًا من أمثال ما ذكر قال: ثم أتى بعد التابعين فقهاء الأمصار: كأبى حنيفة، وسفيان، وابن أبى ليلى بالكوفة، وابن جريج بمكة المكرمة، ومالك وابن الماجشون بالمدينة المنورة، وعثمان البتى وسوار بالبصرة، والأوزاعى بالشام، والليث بمصر، فجروا على تلك الطريقة: من أخذ كل واحد منهم عن التابعى من أهل بلده فيما كان عندهم واجتهادهم فيما لم يجدوا عندهم وهو موجود عند غيرهم، ولا يكلف الله نفسًا إلا وسعها.

والخلاصة: أنه لا حجة إلا فيما قاله الله أو رسوله، وقد ثبت عن الأئمة قولهم: إذا صح الحديث فهو مذهبى. وإذا رأيتم قولى يخالف الحديث، فاضربوا بقولى عرض الحائط، وخذوا بالحديث. فلا مجال للقول بأنه ليس من المعقول ومن المستبعد جدًّا أن يخفى مثل هذا الحديث على الإمام أبى حنيفة - رضى الله عنه - وعلى شريح؛ فقد خفى ما هو أوضح وأشهر على من هم أعلم وأفضل.

وللشافعى - رضى الله عنه - فى «الأم» ما نصه: قال لى من يحفظ قول قائل هذا: إنا رَدَدْنا الصدقات الموقوفات بأمور، قلت له: وما هى؟ فقال: قال شريح: جاء محمد بإطلاق الحبس، فقلت: وتعرف الحبس التى جاء رسول الله ﷺ بإطلاقها؟ قال: لا أعرف حبسًا إلا الحبس بالتحريم، فهل تعرف شيئًا يقع عليه اسم الحبس غيرها؟ قال الشافعى: فقلت له: أعرف الحبس التى جاء رسول الله ﷺ بإطلاقها، وهى غير ما ذهب إليه، وهى بينة فى كتاب الله - عز وجل -. قال: اذكرها، قلت: قال الله - عز وجل -: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣] الآية، فهذه الحبس التى كان أهل الجاهلية يحبسونها فأبطل الله شروطهم فيها، وأبطلها رسول الله ﷺ بإبطاله إياها. ا هـ.

فماذا يكون موقف المعارض إزاء هذه الأقوال وهذه التصريحات التى فاه بها

---

(١) أخرجه البخارى (١٣/ ٥٠١ - ٥٠٢) كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة (٦٧٣٦).
(٢) انظر ما دار بين عمر بن الخطاب وطلحة فى صحيح البخارى (٢١٣٤) ومسلم (٧٩/ ١٥٨٦) وما دار بين أبى سعيد الخدرى وابن عمر فى صحيح البخارى (٢١٧٦) ومسلم (٧٦/ ١٥٨٤).

زعماء حملة الشريعة ورؤساؤهم؟ وماذا يكون علمه واطلاعه بجانب علمهم واطلاعهم، وقد كان البعض متصلًا بكبار الصحابة، والآخر بعظماء التابعين الأعلام؟ ألا يسعه ما وسع أبا يوسف - رضى الله عنه - حال حَجَّهُ مالك أن يذعن للحق بعد انبلاج فجره؟ فما يجديه التعصب والعنت، وهذا ليس من شأن رواد العلم وطلاب الحقيقة.

٣ - وأما حديث الزهرى المتضمن أن سيدنا عمر بن الخطاب أراد أن يسترجع وقفه، فمنعه من ذلك ذكرها للرسول ﷺ فقد أجيب عنه بأن سنده منقطع؛ فلا يحتج به، ولا يصح الأخذ به؛ فإن الزهرى لم يدرك عمر، ولم يأت فى الرواية ذكر الوسيط بينهما(١).

هذا إذا سلمنا به، ولكن قيل فيه: إنه منكر وكذب بلا ريب؛ يدل على ذلك قول ابن حزم فى المحلى، ونص عبارته:

«وأما الخبر الذى ذكروه عن مالك، وهو قول عمر: «لولا أنى ذكرت صدقتى لرسول الله ﷺ لرددتها» فمنكر، وبلية من البلايا، وكذب بلاشك، ولا ندرى من رواه عن يونس، ولا هو معروف من حديث، ونحن نبت ونقطع بأن عمر - رضى الله عنه - لم يندم على قبول أمر رسول الله ﷺ وما اختاره له فى تحبيس أرضه وتسبيل ثمرتها، والله - تعالى - يقول: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٣٦] حاشا لعمر من هذا. اهـ.

وما الداعى والملجئ الذى اضطر سيدنا عمر بن الخطاب على هذا الندم: أحاجته إلى المال، وهو أزهد الناس فيه؟ أم لأنه رأى فى وقفه ضياع حقه أو عملًا لا يتفق والشريعة الإسلامية، ورسول الله ﷺ أرفع من أن يشير على عمر بما يضيع حقه أو يأمره بما لا يتفق مع الدين.

لا نجد علة، ولا مبررًا يسوغ قبول هذا الحديث عن عمر مما يدل على وضع الحديث.

٤ - وأما ما روى عن سيدنا حسان - رضى الله عنه - أنه باع نصيبه من الوقف، فقد أنكر عليه الصحابة ذلك(٢).

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

٥ - وأما أن قوله ﷺ: «حبس أصلها» لا يستلزم التأبيد؛ لاحتمال أن المراد من قوله - عليه الصلاة والسلام -: «حبس أصلها» أى: ما شئت مدة اختيارك، فإذا لم تشأ حبسها، فلك أن تتصرف فيها ببيع ونحوه - فمردود؛ لأن النبى ﷺ فسر هذا التحبيس بما يفيد التأبيد، فقال: «لَا تُبَاعُ، وَلَا تُوهَبُ، وَلا تُورَّثُ» ويدل على أن هذا التفسير من كلام الرسول ما رواه البيهقى، وهو قوله ﷺ: «تَصَدَّقْ بِثَمَرِهِ، وَحَبِّسْ أَصْلَهُ، لا يُبَاعُ، وَلا يُورَّثُ»[1].

٦ - وأما ما استدل به أبوحنيفة على رأيه بأن مقتضى كون الوقف صدقة دائمة وجارية كما هو متفق بيننا وبينكم - أن تكون فى ملك صاحبها؛ ليتسنى له أن يتصدق بمنافعها، وإلا كان متصدقًا بما لا يملكه، وهذا باطل باتفاق منا ومنكم؛ فثبت - إذًا - أنه مالك له، ولاشك أن ثمرة الملكية التصرف، وإلا فما معنى أنه مالك له، وهذا هو المطلوب - فمردود عليه: بأنك وقد سلمت معنا أن الوقف صدقة مستمرة ودائمة، لا تصلح النتيجة التى رتبتها على ذلك؛ فإنه لا بد من انقطاع ملكه بالموت؛ فلا تكون الصدقة جارية، وهذا خلاف المفروض إذًا، فلا تلازم بين الملك وعدم لزوم الوقف.

على أنَّا لو سلمنا أن ثمرة الملكية التصرف، فلا نسلم أن التصرف هو البيع والهبة فقط، بل قد يملك الشىء ولا يتصرف فيه بما ذكر: كأم الولد والمدبرة.

٧ - وأما قولكم: إن الوقف لا يقاس على المسجد لما بينهما من اختلاف، وهو أن الأول خالص ومحرر لله - تعالى - ليس فيه أية شائبة ملك، بخلاف الوقف؛ فإن فيه شائبة ملك؛ لتصرف الواقف أو الناظر فى غلته - فمردود؛ إذ ما ذكر لا يصلح أن يكون فارقًا مؤثرًا، والثابت: أن فى كلٍّ إخراجًا عن ملك العبد - لا إلى مالك، وانقطع التصرف فيهما على هذا الوجه.

وأما التصرف الظاهر فى الوقف، فليس ثمرة الملكية، وإنما للقيام بشئون الوقف كخادم، فلو لم يقم بهذه الخدمة أحد لكان غير منتفع به، وهذا باطل؛ ولهذا التصرف نظير فى الشرع؛ فإنه متى تم البيع بين متعاقدين، وجب على البائع تسليم المبيع، فهل يقال: إن العمل الذى يترتب على إيصال المبيع إلى المشترى من

---

(١) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٦٠) .

حفظه، ومراعاته، وحمله حتى يسلمه إلى المشترى - تصرف يدل على الملك؟ كلا، إذًا فلا فرق بين المسجد والوقف، وقد جاء فى «المبسوط» ما نصه: فإن اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق، وهو إخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل فى ملك أحد، ولكنها تكون محبوسة بنوع قربة؛ فكذلك فى الوقف وبهذا يتبين أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول فى ملك الغير امتناع خروجه عن ملكه.

ثم إن للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معاشهم، فإذا جاز هذا النوع من الإخراج والحبس؛ لمصلحة المعاد؛ فكذلك لمصلحة المعاش: كبناء الخانقاه والرباطات، واتخاذ المقابر، ولو جاز الفرق بين هذه الأشياء، لكان الأولى أن يقال: لا يلزم المسجد، وتلزم المقبرة حتى لا تورث، لما فى النبش من الإضرار.

ثم قال: ويستدلون بالعتق أيضًا؛ ففيه إزالة الملك الثابت، وصح ذلك على قصد التقرب، وكذلك فى الوقف.

٨ - وأما احتمال أن ما كان منها فى زمن الرسول ﷺ كان قبل نزول سورة النساء، وما كان بعد وفاته احتمل أن ورثتهم أمضوها بالإجازة - فمردود: أولًا لأن وقف النبى ﷺ فى خيبر، ووقف عمر كانا فى السنة السابعة من الهجرة - وإن اختلف الصحابة فى الأول منهما - وأما آية المواريث، فقد نزلت فى أوس بن ثابت الأنصارى، مات وترك امرأته وبنتين، فجاء ابنا عمه وأخذا الميراث، فقالت لهما: تزوجا ابنتيه، فأبيا؛ لأن بهما دمامة، فقال رسول الله ﷺ: مَا أَدْرِى مَا أَقُولُ؟ وَمَا جَاءَ عَنِ اللهِ - عز وجل - فِى هَذَا بشَىءٍ، فأنزل الله - تعالى -: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ٧] الآية، فأرسل رسول الله ﷺ إليها فقال: لا تحركا من الميراث شيئًا فإنه قد أنزل الله عَلَىَّ شيئا، وأخبرت فيه: أن للذكر والأنثى نصيبًا، ثم نزل بعد على النبى ﷺ ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ١٢٧] فدعاهما أيضًا وقال: لا تحركا من الميراث شيئا ثم نزل على النبى ﷺ ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، فدعا رسول الله ﷺ بالميراث، فأعطى المرأة الثمن، وقسم ما بقى للذكر مثل حظ الأنثيين. اهـ.

قال الذهبى وغيره: أوس المذكور قتل يوم أحد، وكانت هذه الواقعة فى السنة الثالثة أو الرابعة.

وعلى كل فآية المواريث قبل وقفة النبى ﷺ وأوقاف الصحابة - رضى الله عنهم

- فثبت أن الاحتمال الأول باطل؛ لمخالفته للواقع.

وأما الاحتمال الثانى: وهو أن الورثة أمضوه بالإجازة، فبعيد؛ إذ لو علم الصحابة أن وقفهم يتوقف نفاذه ولزومه على إجازة الورثة، لما لجئوا إليه، بل تركوه وصية، وكان وقفهم لا معنى له ولا ثمرة ما دام للورثة الحرية فى إجازته وإبطاله.

على أن مجرد الاحتمال غير مسقط للاستدلال، بل متى كان قريبًا ومتبادرًا من العبارة، فكل دليل شرعى يتطرقه الاحتمال ما لم تتواتر دلالته على المعنى، وهذا قليل ونادر، فلو أخذنا بكل احتمال لما استدللنا على شيء، ولتعطلت الأحكام؛ إذ أقل احتمال يتطرق كل هذه الأدلة التى لم يتواتر معناها: أنها مكذوبة على الرسول ﷺ.

٩ - وأما قولكم: إن وقف النبى ﷺ إنما جاز؛ لأنه لم يقع حبسا عن فرائض الله؛ إذ الأنبياء لا يورثون؛ لقوله ﷺ: «نَحْنُ مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ لا نُورَّثُ مَا تَرَكْنَاه صَدقةٌ» وإذا انتفى الإرث، لم يوجد حبس؛ فجاز الوقف؛ لانتفاء المانع منه، بخلاف غيره ﷺ فمردود بأن الصحابة - رضى الله عنهم - أشد اتصالًا بالنبى ﷺ وأرقى فهمًا وإدراكًا للأحكام منا، فلو علموا أن وقف النبى ﷺ إنما جاز؛ لانتفاء الحبس، وهو خاص به لما وقفوا أموالهم الكثيرة، والتى أقرها النبى ﷺ وأمر بها.

وهذا الاعتراض ربما يكون واردًا لو لم يكن للوقف مستند إلا هذا، ولكن الأمر ليس كذلك.

وقد ذكر العلماء بحثًا فى هذا الحديث يحسن ذكره بمناسبة الاستدلال به على مذهب أبى حنيفة، فنقول: استثنى من العموم الوارد فى قوله - تعالى -: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١] الآية ميراث النبى ﷺ بناء على القول بدخوله ﷺ فى العمومات الواردة على لسانه عليه السلام؛ لتناولها إياه لغة.

والدليل على استثنائه ﷺ قوله: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث، ما تركناه صدقة» فالشيعة أخذوا بظاهر الآية، وأنها تتناوله - عليه السلام - فيورث.

وأما الحديث فمعناه: لا نورثُ الذى تركناه صدقة، وعلى هذا لا يصلح للاستدلال لأبى حنيفة؛ لوجود الإرث؛ فيتحقق الحبس على زعمهم.

وأما الجمهور فقد قالوا إن معنى الحديث: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث، ما

تركناه صدقة».

ولا يكون للمعنى الأول فائدة؛ إذ غير الأنبياء كالأنبياء فى هذا الحكم. وقد طعنوا على أبى بكر - رضى الله عنه - فى منعه الميراث عن فاطمة الزهراء من تركة أبيها، وزعموا أنها قالت له: يابن أبى قحافة، أنت ترث أباك، وأنا لا أرث أبى؟ أى إنصاف هذا.

واستدل الشيعة على مذهبهم بما يأتى:

أولًا: أن الخبر هذا لم يروه غير أبى بكر، ولو سلمنا أنه رواه غيره، فهو غير متواتر، بل آحاد، ولا يجوز تخصيص الكتاب بخبر الآحاد - عندهم - بدليل أنّ سيدنا عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - لما سمع خبر فاطمة بنت قيس: لم يجعل لها سكنى ولا نفقة؛ لما كان مخصصًا لقوله - تعالى - ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] الآية، فقال: كيف نترك كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة، لا ندرى أصدقت أم كذبت؟[١] فلو جاز تخصيص الكتاب بخبر الآحاد لما رد عمر قولها.

ثانيًا: العام وهو خبر الكتاب قطعى؛ والخاص وهو خبر الآحاد ظنى؛ ويترتب على التخصيص ترك القطعى بالظنى.

ثالثًا: مما يدل على كذب الخبر قوله - تعالى -: ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَٰنُ دَاوُۥدَ﴾ [النمل:١٦]، وقوله - تعالى - حكاية عن زكريا - عليه السلام - ﴿فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا يَرِثُنِى وَيَرِثُ مِنْ ءَالِ يَعْقُوبَ﴾ [مريم: ٥، ٦] الآية، فإن ذلك صريح فى أن الأنبياء يرثون.

وأجيب عن الدليل الأول بأن هذا الخبر رواه حذيفة بن اليمان[٢]، والزبير بن العوام، وأبوالدرداء، وأبو هريرة[٣]، والعباس، وعلىّ، وعثمان، وعبدالرحمن بن

---

(١) تقدم .

(٢) ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٩/ ٤٣) وعزاه للطبرانى فى الأوسط وفيه الفيض بن وثيق وهو كذاب.

وقال الحافظ فى التلخيص (٣/ ٢١٦): وفى الباب عن حذيفة أخرجه أبو موسى فى كتاب له اسمه «براءة الصديق» من طريق فضيل بن سليمان عن أبى مالك الأشجعى عن ربعى عنه، وهذا إسناد حسن .

(٣) أخرجه البخارى (٦/ ٣٣١) كتاب فرض الخمس، باب نفقة نساء النبى - صلى الله عليه وسلم - (٣٠٩٦) ومسلم (٣/ ١٣٨٢) كتاب الجهاد والسير، باب قول النبى - صلى الله =

عوف، وسعد بن أبى وقاص[١]. وقد أخرج البخارى عن مالك بن أوس بن الحدثان أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - قال بمحضر من الصحابة فيهم على، والعباس، وعثمان، وعبدالرحمن بن عوف، والزبير بن العوام، وسعد بن أبى وقاص: أَنشدكم الله الذى بإذنه تقوم السماء والأرض، أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث، ما تركناه صدقة»؟ قالوا: اللهم نعم. ثم أقبل على على والعباس، فقال: أنشدكما بالله - تعالى - هل تعلمان أن رسول الله ﷺ قال ذلك؟ قالا: اللهم نعم.

فلا مجال للقول بعدئذ بأن الخبر لم يروه غير أبى بكر - رضى الله عنه - ولا يلتفت إلى ما قاله الشيعة.

على أنه قد جاء فى كتبهم ما يؤيد ذلك، فقد روى الكعبى فى الكافى عن أبى البخترى عن أبى عبدالله جعفر الصادق - رضى الله عنه - أنه قال: «إن العلماء ورثة الأنبياء، وذلك أن الأنبياء لم يورثوا درهمًا ولا دينارًا، وإنما ورثوا أحاديث، فمن أخذ بشىء منها فقد أخذ بحظ وافر»[٢] وكلمة «إنما» تفيد الحصر قطعًا باعتراف الشيعة؛ فيعلم أن الأنبياء لا يورثون غير العلم والأحاديث.

وقد ثبت أيضًا بإجماع أهل السير والتواريخ: أن جماعة من المعصومين عند الشيعة - كعلى، والحسن، والحسين، وابنيهما - عملوا بموجبه، فإن تركة النبى ﷺ لما وقعت فى أيديهم لم يعطوا منها للعباس وابنه، ولا الأزواج المطهرات، فلو كان ما تركه ﷺ يورث لشاركوهم فيها قطعًا.

فثبت من مجموع ذلك: أن الخبر متواتر، ولا مانع من تخصيصه بالكتاب.

= عليه وسلم - «لا نورث» (٥٥/ ١٧٦٠) بلفظ «لا يقتسم ورثتى دينارًا، ما تركت بعد نفقة نسائى ومئونة عاملى فهو صدقة».

(١) قد تقدم تخريج الحديث عن عائشة وعمر بن الخطاب، وقد قاله بحضرة الزبير والعباس وعلى وعثمان وعبد الرحمن وسعد بن أبى وقاص، وقد أقروه على ما قال.

(٢) ورد عن أبى الدرداء مرفوعًا:
أخرجه أحمد (٥/ ١٩٦) وأبو داود (٢/ ٣٤١) كتاب العلم، باب الحث على طلب العلم (٣٦٤١) والترمذى (٤/ ٤١٤) أبواب العلم، باب ما جاء فى فضل الفقه على العبادة (٢٦٨٢) وابن ماجه (١/ ٢١٣) فى المقدمة، باب فضل العلماء (٢٢٣).

على أنّا لو سلمنا عدم التواتر؛ فإن الأئمة الأربعة قالوا بتخصيص الآحاد للكتاب، ويدل على جوازه: أن الصحابة - رضى الله عنهم - خصصوه من غير نكير؛ فكان إجماعًا، ومنه قوله - تعالى -: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] خصص العموم فيه بنهى النبى ﷺ عن نكاح المرأة على عمتها وخالتها.

والشيعة أنفسهم قد خصصوا عمومات كثيرة فى القرآن بخبر الآحاد، فإنهم لا يورثون الزوجة من العقار، ويخصون أكبر الأبناء للميت من تركته بالسيف والمصحف والخاتم واللباس بدون بدل، ويستندون على ذلك بآحاد تفردوا برواياتها.

وأما خبر عمر فى رده فاطمة بنت قيس، فمجاب عنه بأنه ردها؛ لتردده فى صدقها، وكذبها بدليل قوله: «لا ندرى، أصدقت أم كذبت؟» فعلل الرد بالتردد، لا بأنه خبر آحاد.

وكون التخصيص بخبر الآحاد يؤدى إلى ترك القطعى بالظنى؛ مردود بأن التخصيص به وقع فى الدلالة وهى ظنية، فخصص الظنى بالظنى، وأما القطعى فهو المتن ولا تخصيص فيه.

وأما دلالة الآيتين السابقتين على دعواهم، فضعيفة جدًّا؛ إذ المراد بالوراثة الواردة فيهما: وراثة العلم والنبوة، بدليل ما رواه الكعبى عن أبى عبد الله أن سليمان ورث داود، وأن محمدًا ورث سليمان. ومن المحال وراثة سيدنا محمد ﷺ المال من سليمان؛ لما بينهما من زمن طويل؛ فدل ذلك على أن المراد: العلم والنبوة، لا المال.

ولأن لداود تسعة عشر ابنًا - كما جاء فى التاريخ - وكلهم وارثون بالمعنى المتعارف، فلا معنى لتخصيص ذكر النبى ﷺ بأنه وارث المال، وهو متساوٍ معهم فى ذلك، ولا شرف فى هذا الإرث المادى حتى يذكر ممتازًا عنهم، بل الشرف فى وراثة العلم والنبوة.

وأما الآية الثانية: فإن كان المراد من «آل يعقوب» نفسه الشريفة، يلزم أن يكون مال يعقوب باقيًا لم يقسم بين ورثته مدة ألفى سنة، وهذا فاسد لأول وهلة.

وإن كان المراد جميع أولاده فغير معقول أن يرث زكريا جميع بنى إسرائيل.

وإن كان المراد بعض الأولاد، وأريد من يعقوب غير المتبادر - وهو ابن إسحاق

عليه السلام - يقال: أية فائدة فى وصف هذا الولى بأنه يرث أباه، مع أن جميع الشرائع متفقة على توريث الابن من أبيه، ويدل على هذه الولاية لفظ الولى؟ ومن البدهى البطلان: أن يسأل سيدنا زكريا - عليه السلام - الله - سبحانه وتعالى - أن، يعطيه وليًّا يرث ماله؛ فإن ذلك دليل على جمع زكريا للمال، وعلى خوفه من الضياع، وتكالبه على الدنيا حتى طلب ولدًا يرث ماله، وبنو أعمامه موجودون يرثونه؛ فإن خاف من ضياعه منهم بعد موته، فلا يخلو: إما أن يكون فى طاعة أو معصية؛ فإن كان الأول فهو المطلوب، وإن كان الثانى فالميت غير مسئول عما يعمله الورثة.

على أنه إن خاف ذلك فله أن يتصدق بماله فى حياته.

ولا يقال: إنه يخشى الموت فجأة؛ فالمقصود: أن سيدنا زكريا - عليه السلام - خشى من ضياع الدين، وأن يحرفه أشرار بنى إسرائيل، فطلب ولدًا؛ ليقوم مقامه فى حفظ الشريعة، وإجراء أحكام الله - تعالى - فإن قيل: الوراثة فى العلم مجاز، وفى غيره حقيقة، ولا يعدل عن الحقيقة إلى المجاز إلا لضرورة، فما الضرورة هنا؟

أجيب بأن الضرورة هنا هى حفظ كلام الأنبياء من السخف والخطأ.

وأيضًا: لا نسلم كون الوراثة حقيقة فى المال فقط، بل صار لغلبة الاستعمال فى العرف مختصا بالمال، وأما فى أصل الوضع، فإطلاقه على العلم صحيح وهو حقيقة لغوية.

سلمنا أنه مجاز، ولكنه متعارف مشهور يساوى الحقيقة، من ذلك قوله - تعالى -: ﴿ثُمَّ أَوْرَثْنَا ٱلْكِتَـٰبَ﴾ [فاطر: ٣٢] و ﴿أُورِثُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ﴾ [الشورة: ١٤] إلى غير ذلك من الآيات.

ومن الشيعة من أورد هنا بحثًا، وهو أن النبى ﷺ إذا لم يورث أحدا، فلم أعطينا أزواجه الطاهرات الحجرات؟

وأجيب بأن إفراز الحجرات إنما كان لأنها ملك لهن لا من الميراث، بل إن النبى ﷺ بنى لكل واحدة منهن حجرة، فصارت الهبة مع القبض متحققة، وهى موجبة للملك بالقبض، وقد بنى رسول الله ﷺ لفاطمة وأسامة بيتًا وسلمه إليهما، وكان كل من بيده شيء مما بناه الرسول يتصرف فيه تصرف الملاك، ويدل على ذلك ما ثبت

بإجماع أهل السنة والشيعة: أن الإمام الحسن - رضى الله عنه - لما حضرته الوفاة استأذن من عائشة الصديقة، وسألها أن تعطيه موضعًا؛ لأن يدفن فيه بجوار - جده صلى الله عليه وسلم -، فكان السؤال والاستئذان دليل على ملكيتها الحجرة، وإلا لما كان لهما معنى، وإضافة الحجرات فى القرآن إشارة إلى أنها ملك لهن، حيث قال - تعالى -: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٣٣] ومن أهل السنة من أجاب عن أصل البحث: بأن المال بعد وفاة - النبى ﷺ صار فى حكم الوقف على جميع المسلمين فيجوز للخليفة أن يخص من شاء بما شاء؛ كما خص أبو بكر عليًّا بسيف ودرع وبغلة شهباء، تسمى: الدّلْدُل، مع أنه لم يرث النبى ﷺ بوجه وقد صح - أيضًا - أن الصديق - رضى الله عنه - أعطى الزبير بن العوام ومحمد بن مسلمة بعضا من متروكاته ﷺ، وإنما لم يعط فاطمة الزهراء فدكًا، مع أنها طلبتها إرثا، وانحرف مزاج رضاها بالمنع إجماعًا، وعدلت عن ذلك إلى دعوى الهبة، وأتت بعلى والحسنين وأم أيمن للشهادة، فلم تقم على ساق بزعم الشيعة، ولم تكن لمصلحة دنيوية أو دينية رآها الخليفة إذ ذاك؛ كما ذكره الأسلمى فى الترجمة العبقرية والصولة الحيدرية، وأطال فيه.

وتحقيق المقال فى هذا المقام: أن أبا بكر - رضى الله عنه - إنما خص آية المواريث بما سمعه من النبى ﷺ، وخبره - عليه السلام - فى حق من سمعه منه بلا واسطة مفيد للعلم يقينًا بلا شبهة، والعمل بسماعه واجب، سواء سمعه غيره أو لم يسمعه، وقد أجمع أهل الأصول من أهل السنة والشيعة على أن تقسيم الخبر إلى متواتر وغير متواتر بالنسبة لمن لم يشاهدوا النبى ﷺ، وسمعوا خبره بواسطة الرواة، فـ «نَحْنُ مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ لَا نُورَثُ. . . » الحديث عند أبى بكر قطعى؛ لأنه فى حقه كالمتواتر، بل أعلى كعبًا منه، والقطعى يخصص بالقطعى اتفاقًا ولا تعارض هنا بين هذا الخبر والآيات التى فيها نسبة الوراثة للأنبياء؛ لإمكان الجمع بينهما.

ودعوى الزهراء فدكًا على سبيل الوراثة، لا يدل على كذب الخبر، بل على عدم سماعها هذا الحديث، ودعوى الهبة غير متحققة عندنا على أنَّا لو سلمنا تحققها، فلا نسلم أنها أتت بأولئك الأطهار شهودًا؛ لأن الهبة لا تتم إلَّا بالقبض، وهذا غير متحقق قطعًا؛ فلا فائدة من الشهود؛ لعدم الحاجة إليهم.

على أنا لو سلمنا ذلك، فلا نسلم أن الصديق رد شهادتهم بل لم يقض بها، وفرق

بين عدم القضاء والرد؛ إذ الثانى عدم القبول؛ لتهمة الكذب، وفقد العدالة، أما الأول؛ فلعدم توافر شرط غير العدالة: كنقص شرط من شروط الدعوى، ونحوه.

أما غضب فاطمة فغير مستغرب؛ لأنه من الطبائع البشرية، وقد غضب موسى - عليه السلام - على أخيه هارون وقد أخذ بلحيته، ولم يكن ذلك نقصًا فى قدرهما. اهـ.

ملخصًا من تفسير روح المعانى من الجزء الخامس فى تفسير قوله - تعالى -: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾ [النساء: ١١] الآية

وقد احتج أبو حنيفة - رضى الله عنه - على عدم لزوم الوقف وأنه لا يورث بعد موت صاحبه بحديث: «يقول ابن آدم...» المروى فى مسلم فى كتاب الزهد فإن النبى ﷺ حصر ما لبنى آدم فى ثلاثة أشياء، ليس بينها الوقف، وقال - عليه السلام -: «وما سوى ذلك فهو مال الوارث»، ومن ضمن «ما سوى ذلك» الصدقة، فإنه ليس صدقة ممضاة؛ لأنه لم يسلم الوقف للفقير؛ ليتملكه، كما هو معنى الصدقة الممضاة المذكورة فى الحديث.

ورد بأن الحديث لا يدل على مدعاه؛ لأن معنى «تصدقت فأمضيت» أى نجزت، ونفذت، ولاشك أن الوقف صدقة - كما جاء فى حديث مسلم المتقدم - قد تم، ولزم، ونفذ، وتنجز، ومضى، وفيه تمليك المنفعة للموقوف عليهم؛ فقول أبى حنيفة: إن معنى «تصدقت»: ملكت العين للفقير - غير متعين، بل غير متبادر، واللغة لا تشهد له على ذلك.

الأدلة على مشروعية الوقف ولزومه

أولاً: الكتاب: من المعلوم أن - الله سبحانه وتعالى - قد سن لنا فى كتابه جميع النظم والقوانين الاجتماعية التى تكفل للعالم بأسره سعادته الدنيوية والأخروية، فهو عمدة الشريعة، وأساس الدين، لكن ليس فيه متسع لبيان الجزئيات وسرد الوقائع المفصلة، ولقد جاءت السنة شارحة ما أجمله القرآن، موضحة تلك الفروع والجزئيات، فحث الله على البر، والإحسان، وعمل الصالحات، ولا شك أن الوقف بر وإحسان: إما حالًا، أو مآلًا؛ إذ أخرته للفقراء والمساكين، فالوقف إذن قد حث الله عليه ضمن دائرة البر والإحسان، وجاءت السنة مبينة صحة ذلك؛ كما سيأتى؛ فعلى هذا يكون الوقف مستندًا إلى كتاب الله - عز وجل - إجمالًا.

ثانيًا: السنة:

١ - روى الإمام أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخارى - رضى الله عنه - فى صحيحه قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا محمود بن عبد الله الأنصارى، حدثنا ابن عون قال: أنبأنى نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أصاب أرضا بخيبر فأتى النبى ﷺ يستأمره فيها - أى يستشيره طالبًا أمره - فقال: يا رسول الله؛ إنى أصبت أرضا بخيبر، لم أصب مالًا قط أنفس عندى منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها». قال فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وتصدق بها فى الفقراء وفى القربى وفى الرقاب وفى سبيل الله وابن السبيل والضيف لاجناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول»... الحديث، وقد ذكرناه مرارًا.

٢ - وفى صحيح مسلم فى باب الوقف حدثنا يحيى بن يحيى التميمى، وأخبرنا سليم بن أخضر عن ابن عون عن نافع عن ابن عمر قال: أصاب عمر أرضا بخيبر، فأتى النبى ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إنى أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالًا قط هو أنفس عندى منه، فما تأمرنى به، قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يورث، ولا يوهب.

قال: فتصدق بها عمر فى الفقراء، وفى القربى، وفى الرقاب، وفى سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وَلِيهَا أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقًا غير متمول فيه. قال: فحدثت بهذا الحديث محمدًا، فلما بلغت المكان «غير متمول) قال محمد «غير متأثل مالًا».

قال: أنبأنى من قرأ هذا الكتاب أن فيه: «غير متأثل مالًا». ا هـ.

وثبت من رواية الدارقطنى زيادة: «حبيس ما دامت السموات والأرض» بعد قوله: «ولا يورث».

وفى رواية البيهقى: «تصدق بثمره، وحبس أصله، لا يباع، ولا يورث» فتفيد هذه العبارة أن قوله: «لا يباع، ولا يورث» من كلام النبى ﷺ.

والمراد بذى القربى: أقارب الواقف؛ كما جاء فى رواية صخر بن جويرية عن نافع بدل «وفى القرب» «ولذى القربى منه».

٣ - روى النسائى والترمذى: وقال حسن عن عثمان أن النبى ﷺ قدم المدينة،

وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقال: من يشترى بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين فقال عثمان: فاشتريتها من صلب مالى.

وفى رواية من طريق بشر بن بشير الأسلمى عن أبيه: أنها كانت لرجل من بنى غفار، وكان يبيع منها القربة بمد، فقال له ﷺ: بعنيها بعين فى الجنة؟ فقال: يا رسول الله، ولا لعيالى غيرها، فبلغ ذلك عثمان، فاشتراها بخمسة وثلاثين ألف درهم، ثم أتى إلى النبى ﷺ، وقال له: أتجعل لى ما جعلت له، قال: نعم، قال: قد جعلتها للمسلمين.

٤ - روى البخارى وأحمد عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من احتبس فرسًا فى سبيل الله؛ إيمانًا واحتسابًا فإن شبعه وروثه وبوله فى ميزانه يوم القيامة حسنات».

٥ - روى أبو داود عن ابن عباس - رضى الله عنهما - قال: أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم - الحج، فقالت امرأة لزوجها: أحجّنى مع رسول الله ﷺ فقال لها: ما عندى ما أحجُك عليه، فقالت: أحجّنى على جملك فلان قال: ذلك حبيس فى سبيل الله، فأتى رسول الله ﷺ، فسأله فقال له: أما أنك لو أحججتها عليه كان فى سبيل الله.

قال الشوكانى فى نيل الأوطار: وهذا الحديث أخرجه ابن خزيمة فى صحيحه، وأخرجه - أيضًا - البخارى والنسائى مختصرًا ورجال إسناده ثقات .

٦ - وفى البخارى مانصه: (باب إذا وقف أرضًا أو بئرًا، واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين) وقف أنس دارًا، فكان إذا قدم نزلها، وتصدق الزبير بدوره، وقال: للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة، ولا مضار بها، فإن استغنت بزوج، فليس لها حق.

وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سكنى لذوى الحاجات من آل عبدالله، وقد وصل البيهقى ما جاء عن أنس من طريق الأنصارى قال: حدثنى أبى عن ثمامة عن أنس أنه وقف دارًا له بالمدينة، فكان إذا حج مر بالمدينة، فنزل داره.

وأما ما جاء عن الزبير، فقد وصله الدارمى فى سننه من طريق هشام بن عروة عن أبيه: أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه، لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، وأن للمردودة من بناته أن تسكن. . . إلخ الحديث.

٧ - وفى المدونة ما نصه: قال ابن وهب: أخبرنى حيوة بن شريح أن محمد بن عبد الرحمن القرشى أخبره قال: حبس عثمان بن عفان، والزبير بن العوام، وطلحة ابن عبد الله التميمى دورهم. وأخبرنى غيره من أهل العلم عن على بن أبى طالب وغيره مثله.

قال سعيد بن عبد الرحمن وغيره عن هشام بن عروة: إن الزبير بن العوام قال فى صدقته على بنيه: (لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضار بها). وإن عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت حبسا على أولادها دورهما. اهـ.

وقال ابن حزم فى المحلى: وحبس عثمان والزبير وطلحة وعلى بن أبى طالب وعمرو بن العاص دورهم على بنيهم وضياعا موقوفة، وكذلك ابن عمر وفاطمة بنت رسول الله ﷺ وسائر الصحابة - رضى الله عنهم - فصدقاتهم بالمدينة أشهر من الشمس ولا يجهلها أحد، ووقف عبدالله بن عمرو بن العاص الوهط على بنيه. ا هـ.

والوهط: مال كان لعمرو بن العاص بالطائف. وقيل: قرية بالطائف كان الكرم المذكور بها. ا هـ.

فى النهاية لابن الأثير وفى القاموس: الوهط بستان ومال كان لعمرو بن العاص بالطائف، على ثلاثة أميال من مرج كان يعرش على ألف ألف خشبة.

٨ - وفى صحيح مسلم فى باب وصول الصدقات إلى الميت ما نصه: حدثنا يحيى بن أيوب وقتيبة - يعنى: ابن سعيد - وابن حجر قالوا: حدثنا إسماعيل: وهو ابن جعفر - عن العلاء عن أبيه عن أبى هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[(١)] ا هـ.

ثالثًا: القياس:

سبق أن ذكرنا أن القائلين بأن الوقف حبس العين على ملك الله والتصدق بالمنفعة، قاسوه على المسجد والعتق؛ لأن فى كلٍّ إزالة الملك لا إلى مالك، ولا يقال: إن العبد ملك نفسه؛ لاختلاف الملك؛ إذ فى الأول ثبوت حق التصرف فى

(١) ينظر الوقف لياسين حسين .

المملوك من بيع وهبة وإرث، وأما العبد فقد ملك نفسه بمعنى: أنه صارا حرًّا، ومسئولًا عن جميع أعماله، لا أن له حق بيع نفسه أو هبتها، ولا أثر للفرق بين المسجد وغيره، إلا أن الأول لا يكون خاصًا، وجهة المنفعة فيه خاصة بالصلاة، وفرق أبو حنيفة بين الوقف وما ذكر بأن المسجد جعل خالصًا لله - تعالى - ليس فيه أية شائبة ملك للعبد؛ فلا يسوغ لأحد أن يتصرف أى تصرف فيه غير العبادة؛ فهو محرر من كل ذلك؛ فحق عندئذ خروجه عن ملك الخلائق أجمعين إلى الله - تعالى -. أما وقف غير المسجد فليس كذلك؛ لأن العبد له حق التصرف فيه: زراعةً، وسكنى، واستغلالًا، واستخدامًا.

وأما الإعتاق ففرق بينه وبين الوقف؛ إذ الأول عبارة عن فك قيود كانت مقيدة الشخص - أى: حريته - وإطلاق الحرية له بعد أن كان أسيرًا بالرق، وإرجاعه إلى ما كان عليه قبل الاستعباد، وليس الوقف كذلك؛ لأن الأشياء الموقوفة خلقت لتتملك، فبالوقف لا تعود إلى أصل هو عدم المملوكية لأحد، بل إلى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة، والحق أن هذه فروق غير مؤثرة، وقد رد ذلك فى المبسوط؛ كما سبق أن ذكرناه[١].

وأخيرًا: فإن ختام القول فى هذه المسألة: أن هذه الأحاديث الجمة، والمستندات العديدة: من أفعال النبى ﷺ، وأقواله، وإقراره الصحابة، وآراء الأئمة المجتهدين وكبار العلماء من جلة السلف - كلها متضافرة متفقة على أن الوقف من الدين، وأنه لازم لا يجوز التصرف فيه ببيع ولا هبة ولا إرث، ونحو ذلك.

دل على الأول فعل النبى ﷺ حيث ثبت وقفه - عليه السلام - وأمره عمر بالحبس، وإقراره الصحابة على الوقف. ولا شك أن هذا كافٍ قطعًا لمشروعية الوقف وثبوته.

أما لزوم الوقف: فنكاد نلمسه من بين الألفاظ الكثيرة الدالة صراحة على لزوم الوقف، وأنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، مما لم تدع مجالا لاحتمال التحبيس معنى آخر ينافى تأبيد الوقف واستمراره، وقد ذكرت فى الحديث تفسيرًا للحبس،

---

(١) ينظر السابق .

وهو من كلام النبى ﷺ كما جاء فى رواية البيهقى المتقدمة، ولم يذكرها الرسول - عليه السلام - عبثًا بدون فائدة، بل لتقرير معنى الحبس، وبيان المراد منه ورفع أى احتمال فيه. وإنك لتجد فى كل الأدلة المتقدمة: أنهم أتوا بهذه العبارة بعد صيغة الوقف؛ لهذا الغرض نفسه؛ فإنها فى ذاتها لا تدع مجالًا للريب والشكوك والتأويلات البعيدة التى لا تتبادر إلى الذهن، بل تنص على تأبيد الوقف ولزومه فى حياته؛ لأنه لا يباع ولا يوهب، وبعد مماته؛ لأنه لا يورث.

فالظاهر من لفظ التحبيس اللزوم والتأبيد، قال فى «نيل الأوطار»: إنه - أى: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» - بيان لماهية التحبيس الذى أمر به رسول الله ﷺ عمر بن الخطاب. اهـ.

واللغة تشهد بدلالة لفظ التحبيس على هذا المعنى؛ فقد جاء فى لسان العرب ما نصه: «وحَبَّسَ الفرس فى سبيل الله، واحتبسها، فهو مُحْبَسٌ وحبيس. . . إلى أن قال: الليث: الحبيس: الفرس يجعل حبيسًا فى سبيل الله يغزى عليه. الأزهرى: الحُبُس: جمع الحبيس، يقع على كل شىء وقفه صاحبه وقفًا محرمًا، لا يورث، ولا يباع من أرض، أو نخل، أو كرم، ومستغل يحبس أصله وقفًا مؤبدًا وتُسبَّلُ ثمرته تقربًا إلى الله - عز وجل - كما قال النبى ﷺ لعمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فى نخل أراد أن يتقرب بصدقته إلى الله - عز وجل - فقال له: «حبس الأصل، وسبل الثمرة»، أى: اجعله وقفًا حبسًا، ومعنى تحبيسه: أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن يترك أصله، ويجعل ثمره فى سبيل الخير.

ولم تكن هذه الأحاديث الدالة على وقف النبى ﷺ وأوقاف الصحابة - رضى الله عنهم - خاصة بما يسمونه وقفًا خيريًا، بل كانت على الأولاد وأولادهم، وعلى العقب، فلا فرق بين أهلىٍّ وخيرىٍّ[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أتلفه الواقف أو أجنبى، فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقين:

فمنهم من قال: يبنى على القولين، فإن قلنا: إنه للموقوف عليه - وجبت القيمة له؛ لأنه بدل ملكه

---

(١) ينظر الوقف لياسين حسين .

وإن قلنا: إنه لله - تعالى - اشترى به مثله ليكون وقفًا مكانه.

وقال الشيخ أبو حامدٍ الإسفراييني: يشترى بها مثله ليكون وقفًا مكانه قولًا واحدًا؛ لأن وإن قلنا: إنه ينتقل إلى الموقوف عليه إلا أنه لا يملك الانتفاع برقبته، وإنما يملك الانتفاع بمنفعته، ولأن فى ذلك إبطال حق البطن الثانى من الوقف.

وإن أتلفه الموقوف عليه، فإن قلنا: إنه إذا أتلفه غيره كانت القيمة له - لم تجب عليه؛ لأنها تجب له.

وإن قلنا: يشترى بها ما يكون وقفًا مكانه أخذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه. وإن كان الوقف جاريةً، فوطئها رجل بشبهةٍ، فأتت منه بولدٍ - ففى قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين فى قيمة الوقف إذا أتلف .

وإن كان الوقف عبدًا، فجنى جنايةً توجب المال، لم يتعلق برقبته؛ لأنها ليست بمحل للبيع، فإن قلنا: إنه للموقوف عليه - وجب الضمان عليه. وإن قلنا: إنه لله - تعالى - ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يلزم الواقف - وهو قول أبى إسحاق - وهو الصحيح - لأنه منع من بيعه، ولم يبلغ به حالةً يتعلق الأرش بذمته، فلزمه أن يفديه؛ كأم الولد.

والثانى: أنه يجب فى بيت المال؛ لأنه لا يمكن إيجابه على الواقف؛ لأنه لا يملكه؛ ولا على الموقوف عليه؛ لأنه لا يملكه، فلم يبق إلا بيت المال.

والثالث: أنه يجب فى كسبه؛ لأنه كان محله الرقبة ولا يمكن تعليقه عليها، فتعلق بكسبه؛ لأنه مستفاد من الرقبة، ويجب أقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجناية؛ لأنه لا يمكن بيعه كأم الولد.

(الشرح) الأحكام: إن أتلف أجنبى الوقف، أو أتلفه الواقف، وجب عليه قيمته، ولمن تكون؟ فيه طريقان:

من أصحابنا من قال: إذا قلنا: إن الملك للموقوف عليه، وجبت له القيمة، يتصرف فيها بما شاء.

وإن قلنا: إن الملك لله - تعالى - اشترى بالقيمة شقصًا وأوقفه ويكون وقفًا بالعين التى أتلفت.

قال الشيخ أبو حامد: يشترى بالقيمة مثل العين على القولين، وهو اختيار ابن الصباغ؛ لئلا يبطل حق البطن الثانى منها.

فإن كان الموقوف عبدًا، فقتله عبدٌ عمدًا، قال ابن الصباغ: فعندى أن للموقوف عليه - إذا قلنا: إن الموقوف عليه يستحق قيمته أن يثبت له القصاص. وإن قلنا: إن الملك لله - تعالى - فإن القصاص إلى الإمام إن رأى ذلك.

وإن قطعت يده خطأ، وجبت فيها نصف قيمته، وفيها وجهان:

أحدهما: تكون للموقوف عليه.

والثانى: يُشْترى بها شِقصٌ من عبد.

وإن قتله الموقوف عليه:

فإن قلنا: إن القيمة تصرف إليه، لم يجب عليه دفع القيمة؛ لأنه لا يستحق شيئًا على نفسه، كما لو قتل عبد نفسه.

وإن قلنا: يشترى بالقيمة مثل العين، أخذت منه القيمة، واشتُرِىَ بها عبدٌ يكون وقفًا كالأول، وعلى الموقوف عليه الكفارة بكل حال.

فرع: وإن كان الموقوف جارية، فوطئها الواقف أو أجنبى بشبهة، فأتت منه بولد - فإن الولد يكون حرًّا للشبهة، ويجب عليه قيمته؛ لأنه أتلف رقه باعتقاده.

فإن قلنا: إن الولد لو كان مملوكًا لكان للموقوف عليه، وجبت القيمة له.

وإن قلنا: إن الولد يكون وقفًا كأمه لو كان مملوكًا، ففى قيمة الولد طريقان، كما قلنا فى قيمة الوقف إذا أتلفه أجنبى، أو أتلفه الواقف.

ولا تصير الجارية أم ولد للواطئ؛ لأنه وطئها فى غير ملكه.

وإن وطئها الموقوف عليه وأولد منها ولدًا، فإن الولد يكون حرًّا، سواء علم تحريم الوطء أو لم يعلم؛ لأنه يملكها فى أحد القولين، وله فيها شبهة ملك فى القول الثانى.

فإن قلنا بأحد الوجهين - لو كان الولد مملوكًا كان للموقوف عليه - لم يجب عليه دفع قيمته.

وإن قلنا: إن الولد يكون وقفًا كأمه، بنى على الطريقين فى العين الموقوفة إذا أتلفها أجنبى.

فإن قلنا: تؤخذ منه القيمة وتسلم إلى الموقوف عليه، لم يجب على الموقوف

عليه شيء.

وإن قلنا: يشترى بها مثلها، أخذت منه قيمة الولد، واشْتُرِى بها مثله.

وهل تصير أم ولد للموقوف عليه؟

إن قلنا: إن الملك فيها ينتقل إلى الله - تعالى - لم تصر أم ولد له.

وإن قلنا: إن الملك انتقل إلى الموقوف عليه، صارت أم ولد له. فإن مات وهى باقية، عتقت بموته، وأخذت قيمتها من تركته، وكان الحكم فيها كما لو أتلفها أجنبى على الطريقين.

منهم من قال:

إن قلنا: إن الملك ينتقل إلى الله - تعالى - اشترى بالقيمة مثل الجارية، وتكون وقفًا مكانها.

وإن قلنا: إن الملك انتقل إلى الموقوف عليه، صرفت القيمة ههنا إلى أهل البطن الثانى بعده.

ومنهم من قال: يشترى بها مثل الجارية على القولين.

فرع: وإن جنى العبد الموقوف على غيره:

فإن كانت جنايته توجب القصاص، واختار المجنى عليه القصاص فاقتص منه - فلا كلام، فإن كان على النفس فقتله بطل الوقف؛ كما لو مات. وإن كانت فيما دون النفس بقى الوقف فيما بقى منه.

وإن كانت الجناية خطأ أو عمدًا، فعُفى عنه على مال، وجب الأرش، ولا يجوز بيعه؛ لأن الوقف لا يجوز بيعه.

فإن قلنا: إن ملك الوقف لم يزل عنه، وجب عليه أرش جنايته.

وإن قلنا: إن ملك الوقف للموقوف عليه، وجب أرش الجناية عليه، بالغة ما بلغت حتى لو جنى جنايات كثيرة، وجب عليه أرشها.

قال ابن الصباغ: وهذا يدل على ضعف هذا القول؛ لأنه لا يجوز أن يجب عليه أرش جناية غيره على وجه يجحف به.

وإن قلنا: إن الملك فيه ينتقل إلى الله - تعالى - ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو قول أبى إسحاق - أنها تجب على الواقف؛ لأنه منع من بيعه بسبب لم يبلغ به حالة يتعلق الأرش بذمته؛ فلزمه الأرش؛ كأم الولد.

والثانى: تجب فى بيت المال؛ لأنه لا يمكن إيجاب الأرش على الواقف؛ لأن ملكه قد زال عنه، ولا على الموقوف عليه؛ لأنه لا يملكه؛ فلم يبق إلا بيت المال.

والثالث: يجب فى كسبه؛ لأنه لا يمكن إيجابه على الواقف، ولا على الموقوف عليه؛ لأنهما لا يملكانه، ولا فى رقبته؛ لأنه لا يمكن بيعها؛ فوجب ذلك فى كسبه. فإن لم يكن له كسب كانت على الوجهين الأولين.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وتصرف الغلة على شرط الواقف من الأثرة، والتسوية، والتفضيل، والتقديم، والتأخير، والجمع، والترتيب، وإدخال من شاء بصفة، وإخراجه بصفةٍ؛ لأن الصحابة - رضى الله عنهم - وقفوا وكتبوا شروطهم، فكتب عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - صدقة للسائل والمحروم، والضيف، ولذى القربى، وابن السبيل، وفى سبيل الله.

وكتب على - كرم الله وجهه - بصدقته ابتغاء مرضاة الله، ليولجنى الجنة ويصرف النار عن وجهى، ويصرفنى عن النار، فى سبيل الله، وذى الرحم والقريب، والبعيد، لا يباع ولا يورث.

وكتبت فاطمة - رضى الله عنها - بنت رسول الله ﷺ لنساء رسول الله ﷺ وفقراء بنى هاشم وبنى المطلب.

(الشرح) أمَّا عن وقف عمر فقد تقدم فى صدر كتاب الوقف.

وأما أثر على فأخرجه البيهقى[1].

وأما قوله: «وكتبت فاطمة - رضى الله عنها - بنت رسول الله ﷺ... فقال الشافعى[2]: أخبرنى محمد بن على بن شافع أخبرنى عبد الله بن حسن بن حسن عن غير واحد من أهل بيته - وأحسبه قال: زيد بن على - أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ تصدقت بمالها على بنى هاشم وبنى المطلب.

وأخرجه البيهقى[3] بسنده عن الشافعى. وينظر معرفة السنن والآثار[4].

(١) (٦/١٦٠ - ١٦١) كتاب: الوقف، باب: الصدقات المحرمات.
(٢) الأم (٤/٥٩).
(٣) (٦/١٦١) كتاب الوقف.
(٤) (٤/٥٥١).

وقوله: (من الأثرة والتقديم والتأخير، والتسوية بين أهل الغنى والفقر، وإخراج من شاء منها بصفة، ورده إليها بصفة)[١].

فالأثرة: أن يخص قومًا دون قوم، مثل أن يقف على أولاده، فيخص الذكور دون الإناث، أو الإناث دون الذكور.

وأما التقديم: فأن يقدم قومًا دون قوم، وذلك يحصل من وجهين:

أحدهما: أن يفاضل بينهم، مثل أن يقول: وقفت على أولادى للذكر مثل حظ الأنثيين، أو: على أن للأنثى الثلثين وللذكر الثلث.

والثانى: أن يقول: على أن البطن الأعلى يقدم على البطن الثانى.

وأما التسوية: فأن يسوى بين الغنى والفقير، أو بين الذكور والإناث، والإطلاق يقتضى ذلك.

وأما إخراج من أخرج بصفة، فمثل أن يقول: وقفت على أولادى، على أن من تزوج من بناتى فلا حق لها فيه، أو على أن من استغنى من أولادى فلا حق له فيه.

وأما رده إليها بصفة، فمثل أن يقول: على أن من تزوج من بناتى فلا حق لها فيه، فإن طلقت أو مات عنها زوجها عادت إلى الوقف - فكل ذلك جائز.

وأما الجمع: فالعطف بالواو، والترتيب: العطف بـ (ثم).

والتأخير والتقديم، أيضًا: مثل أن يقول: على أولادى، وأولاد أولادى، على أن يعطى أولادى منه كذا، فما بقى منه فلأولاد أولادى، أو يقف على المسجد والفقراء، على أن يبدأ بالمسجد، وما فضل على الفقراء.

وقوله: (للسائل والمحروم) أى: الممنوع الرزق، وقال ابن عباس[٢]: هو المحارف الذى انحرف عنه رزقه.

قوله: (ليولجنى) أى: يدخلنى.

وقوله: (فى سبيل الله): الجهاد.

وابن السبيل: المسافر، وأصله كله: الطريق. وقد ذكروا فى الزكاة.

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٨٩، ٩٠).

(٢) ينظر: تفسير الطبرى (٢٦/ ٢٠١)، تفسير القرطبى (١٧/ ٣٨)، زاد المسير (٨/ ٣٢).

الأحكام: قال الشافعي في صرف غلة الوقف إنها على ما شرط الواقف من الأثرة والتقدمة، والتسوية بين أهل الغنى والحاجة، ومن إخراج من أخرج منها بصفة، ورده إليها بصفة.

فكل هذا وما أشبهه جائز، ويحمل على ما شرطه الواقف.

فإن قيل: فهذا وقف معلق على شرط، والوقف المعلق على شرط لا يصح؟

فالجواب: أن هذا ليس بوقف معلق على شرط؛ لأن الوقف المعلق على الشرط هو: أن يعلق أصل الوقف على الشرط، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد وقفت داري. وأما هذا: فهو وقف منجز في الحال، وإنما الاستحقاق معلق بشرط؛ كما قلنا في الوكالة لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك، فلا يصح. ولو قال: وكلتك ولا تتصرف إلا أول الشهر، صح.

إذا ثبت هذا: فإن وقف عينًا على أن لزيد منها النصف، ولعمرو منها الثلث كانت بينهما على خمسة أسهم، ويرجع السدس الفاضل عليهما بالرد؛ فيكون لزيد ثلاثة أخماسها، ولعمرو خمساها.

ولو وقفها على أن لزيد نصفها ولعمرو ثلثها، ولم يقل في أصل الوقف: إنها عليهما - كان لكل واحد منهما ما سمى له، وكان السدس الفاضل إذا صح الوقف فيه للفقراء والمساكين، ولا يرجع عليهما[(١)].

فرع: وأما إن قال: قد وقفت داري هذه على من شئت، على أن أدخل في الوقف من أشاء، وأخرج منه من أشاء - ففيه وجهان:

أحدهما: جائز؛ كما لو أدخله بصفة، وأخرجه بصفة.

والثاني: وهو الأصح - أنه لا يجوز، ويكون الوقف باطلًا؛ لأنه بذلك لا يكون على موصوف ولا معين.

فإذا قيل: لا يجوز، كان الوقف باطلًا إلا أن يجعل آخره على الفقراء؛ فيكون على القولين.

---

(١) ينظر الحاوي (٧/ ٥٣٢).

وإذا قيل بجوازه، صح، إن كان قد سمى فيه عند عقد الوقف قومًا، ثم له أن يدخل من شاء، ويخرج من شاء، وإذا فعل ذلك مرة واحدة، فهل له الزيادة عليها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ليس له؛ لأنه قد فعل ما شاء، وله شرطه، وقد استقر.

والوجه الثاني: له أن يفعل ذلك مرارًا ما عاش وبقى؛ لعموم الشرط، فإذا مات فقد تعين على من ينظر فيه بعد موته من أدخل فيه؛ فقد استقر دخوله؛ فلا يجوز أن يخرج منه، ومن أخرج منه فقد استقر خروجه؛ فلا يجوز له أن يدخل فيه[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن قال: وقفت على أولادى دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى؛ لأن الجميع أولاده.

ولا يدخل فيه ولد الولد؛ لأن ولده حقيقةً ولده من صلبه.

فإن كان له حمل، لم يدخل فيه حتى ينفصل، فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال دون ما كان حدث قبل الانفصال؛ لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولدًا.

وإن وقف على ولده، وله ولد فنفاه باللعان، لم يدخل فيه وقال أبو إسحاق: يدخل فيه؛ لأن اللعان يسقط النسب فى حق الزوج، ولا يتعلق به حكم سواه ولهذا تنقضى به العدة.

والمذهب الأول؛ لأن الوقف على ولده، وباللعان قد بان أنه ليس بولده، فلم يدخل فيه.

وإن وقف على أولاد أولاده، دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات؛ لأن الجميع أولاد أولاده.

فإن قال: على نسلى أو عقبى أو ذريتى، دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات قربوا أو بعدوا؛ لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته، ولهذا قال الله - تعالى -: ﴿وَمِن

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣١).

ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ وَمُوسَىٰ وَهَٰرُونَ ۚ وَكَذَٰلِكَ نَجْزِى ٱلْمُحْسِنِينَ وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ وَإِلْيَاسَ﴾ [الأنعام: ٨٤-٨٥]، فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب إليه بالأم.

فإن وقف على عترته، فقد قال ابن الأعرابى، وثعلب: هم ذريته، وقال القتيبى: هم عشيرته.

وإن وقف على من ينسب إليه، لم يدخل فيه أولاد البنات؛ لأنهم لا ينسبون إليه، ولهذا قال الشاعر (الطويل):

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وإن وقف على البنين، لم يدخل فيه الخنثى المشكل؛ لأنا لا نعلم أنه من البنين.

فإن وقف على البنات، لم يدخل فيه؛ لأنا لا نعلم أنه من البنات.

فإن وقف على البنين والبنات، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يدخل فيه؛ لأنه ليس من البنين ولا من البنات.

والثانى: أنه يدخل؛ لأنه لا يخلو من أن يكون ابنًا أو بنتًا وإن أشكل علينا.

فإن وقف على بنى زيدٍ، لم يدخل فيه بناته.

فإن وقف على بنى تميم، وقلنا: إن الوقف صحيح - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يدخل فيه البنات؛ لأن البنين اسم للذكور حقيقةً.

والثانى: يدخلن فيه؛ لأنه إذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب إليها من الرجال والنساء.

(الشرح) أما ابن الأعرابى[1] فهو الإمام اللغوى اسمه: محمد بن زياد، كنيته: أبو عبد الله، قال الإمام أبو منصور الأزهرى فى أول تهذيب اللغة: كان أبو عبد الله ابن الأعرابى كوفى الأصل رجلا صالحا ورعا زاهدا صدوقا، وحفظ من الغرائب ما لم يحفظه غيره، وكانت له معرفة بأنساب العرب وأيامهم. روى عنه ابن السكيت

---

(١) تنظر ترجمته فى: إنباه الرواة (٣/ ١٢٨ - ١٣٨)، تاريخ بغداد (٥/ ٢٨٢، ٢٨٥)، بغية الوعاة (١/ ١٠٥، ١٠٦)، معجم الأدباء (١٨/ ١٨٩ - ١٩٦)، المزهر (٢/ ٤١١)، الأنساب (١/ ١٨٧، ١٨٨)، شذرات الذهب (٢/ ٧٠، ٧٩)، المغنى (٢/ ٣٣٩).

وشمر وأبو سعد الضرير وأبو العباس ثعلب، قال غيره: مات سنة إحدى وثلاثين ومائتين.

وأما ثعلب[١] فهو: أبو العباس أحمد بن يحيى بن زيد بن سيار النحوى الشيبانى مولاهم، المعروف بـ «ثعلب»، إمام الكوفيين فى النحو واللغة، سمع ابن الأعرابى، والأثرم والزبير بن بكار، روى عنه الأخفش، وأبو بكر بن الأنبارى، وأبو عمر الزاهد، وغيرهم، وكان ثقة حجة دينا صالحا، مشهورًا بالحفظ وصدق اللهجة والمعرفة بالعربية، ورواية الشعر القديم، مقدما عند الشيوخ منذ هو حدث مات ببغداد سنة (٢٩١هـ).

وأما القتيبى[٢] فهو: عبد الله بن مسلم بن قتيبة، الدينورى، وقيل: المروزى، سكن بغداد، وحدث بها عن إسحاق بن راهويه، ومحمد بن زياد الزيادى، وأبى الخطاب زياد بن يحيى الحسانى، وأبى حاتم السجستانى، روى عنه ابنه أحمد، وعبيد الله بن عبد الرحمن السكرى، وعبد الله بن جعفر بن درستويه الفارسى، وكان فاضلا ثقة، وهو صاحب التصانيف المشهورة، والكتب المعروفة، منها: غريب القرآن وغريب الحديث، وأدب الكاتب، وعيون الأخبار، وكتاب المعارف، وغير ذلك، وأقرأ كتبه ببغداد إلى حين وفاته، وقيل: إن أباه مروزى، وأما هو فمولده ببغداد، وأقام بالدينور مدة فنسب إليها، ومات فى ذى القعدة سنة سبعين ومائتين، قيل: مات فجأة، صاح صيحة سمعت من بعد، ثم أغمى عليه، ومات. قال ابن المنادى: ثم إن القاسم إبراهيم بن محمد بن أيوب الصائغ أخبرنى أن ابن قتيبة أكل هريسة، فأصابه حرارة، ثم صاح صيحة شديدة، ثم أغمى عليه إلى وقت صلاة الظهر، ثم اضطرب ساعة، ثم هدأ فما زال يتشهد إلى وقت السحر، ثم مات، وذلك أول ليلة من رجب سنة ست وسبعين.

---

(١) تنظر ترجمته فى: إنباه الرواة (١/ ١٣٨، ١٥١)، بغية الوعاة (١/ ٣٩٦)، معجم الأدباء (٥/ ١٠٢، ١٤٦)، تاريخ بغداد (٥/ ٢٠٤، ٢١٢)، طبقات الزبيدى (١٥٥، ١٦٧)، المغنى (٢/ ٤٩).

(٢) تنظر ترجمته فى: مراتب النحويين ٣٥٢، تاريخ بغداد (١٠/ ١٧٠)، تذكرة الحفاظ (٢/ ١٨٧)، البداية والنهاية (١١/ ٤٨)، المغنى (٢/ ٢٤٣).

وأما قول الشاعر: بنونا بنو. . . [(١)].

فهذا البيت لا يعرف قائله مع شهرته في كتب النحاة وغيرهم، قال العيني: (وهذا البيت استشهد به النحاة على جواز تقديم الخبر، والفرضيون على دخول أبناء الأبناء في الميراث، وأن الانتساب إلى الآباء والفقهاء كذلك في الوصية، وأهل المعاني والبيان في التشبيه، ولم أر أحدًا منهم عزاه إلى قائله) ا هـ.

ورأيت في شرح الكرماني في شواهد شرح الكافية للخبيصي أنه قال:

هذا البيت قائله أبو فراس همام الفرزدق بن غالب، ثم ترجمه. والله أعلم بحقيقة الحال[(٢)]. .

الأحكام: إن وقف على أولاده، دخل فيه أولاده من صلبه، الذكور والإناث والخناثي؛ لأن الجميع ولده، ولا يدخل أولادُ البنين، ولا أولادُ البنات؛ لأن ولده حقيقة هو ولده من صلبه.

وإن كان له حمل، استحق من الغلة الحادثة بعد انفصاله، دون الحادثة قبل انفصاله؛ لأنه لا يسمى ولدًا إلا بعد الانفصال.

وإن كان له ولد فنفاه باللعان، لم يدخل فيه.

وقال أبو إسحاق: يدخل فيه. وهذا خطأ؛ لأنه بالنفي خرج عن أن يكون ولده.

فرع: وإن وقف على أولاد أولاده، دخل فيه أولاد البنين، وأولاد البنات الذكور والإناث والخناثي.

وروى: أن رجلًا هاشميًّا بالبصرة وقف على أولاده وأولاد أولاده، وكان له ابن بنت يقال له: ابن عائشة - من أصحاب الحديث - وكان يأخذ من الوقف، فلما ولي عيسى بن أبان القضاء بالبصرة أسقطه من الوقف.

واختلف أصحاب أبي حنيفة فيما فعله عيسى بن أبان فقال بعضهم: تحامل عليه؛

---

(١) البيت للفرزدق في خزانة الأدب (١/ ٤٤٤)، وبلا نسبة في الإنصاف (١/ ٦٦)، وأوضح المسالك (١/ ١٠٦)، وتخليص الشواهد ص ١٩٨، والحيوان (١/ ٣٤٦)، والدرر (٢/ ٢٤)، وشرح التصريح (١/ ١٧٣)، وشرح شواهد المغني (٢/ ٨٤٨)، وشرح المفصل (١/ ٩٩)، (٩/ ١٣٢)، ومغني اللبيب (٢/ ٤٥٢).

(٢) ينظر: خزانة الأدب (١/ ٤٤٥).

لكونه من أصحاب الحديث فبلغ ذلك أبا حازم - وكان قاضيًا ببغداد - فقال: ما تحامل عليه، وإنما هو مذهب محمد بن الحسن؛ لأنه قال: لو قال الإمام لمشرك: أمنتك وأولادك وأولاد أولادك، لم يدخل أولاد البنات فى الأمان؛ لأنهم لا يدخلون فى إطلاق اسم أولاد الأولاد؛ ولهذا قال الشاعر:

بَنُونا بَنُو أَبْنَائِنَا، وبنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرجالِ الأَبَاعِدِ

دليلنا: أنه لو قال: وقفت على أولادى، لدخل فيه الذكور والإناث من ولد صلبه. فإذا قال: على أولادى أولاد، دخل فيه أولاد بناته.

وأما البيت: فإنما أراد أن أولاد أولاده الذين ينسبون إليه، هم أولاد بنيه، دون أولاد بناته.

إذا ثبت هذا: فإن قال: وقفت هذا على أولاد أولادى الذين ينسبون إلى، دخل فيه أولاد أبنائه دون أولاد بناته؛ لأن أولاد بناته لا ينسبون إليه.

وإن قال هاشمى: وقفت هذا على أولادى وأولاد أولادى الهاشميين، دخل فيه أولاده الذكور والإناث، وأولاد أبنائه؛ لأنهم هاشميون.

وأما أولاد بناته: فمن تزوجت منهن بهاشمى فأولد منها، دخل فيه؛ لأنه هاشمى. ومن تزوجت بعامى فأولد منها، لم يدخل فى الوقف؛ لأنه عامى، وليس بهاشمى.

فرع: وإن وقف على عقبه أو نسله أو ذريته، دخل فيه أولاد صلبه الذكور والإناث والخناثى. ويدخل فيه أولاد أبنائه، وأولاد بناته، من قرب منهم ومن بعد؛ لأن الجميع عقبه ونسله وذريته؛ ولهذا قال الله - تعالى -: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ﴾ [الأنعام: ٨٤] فنسب الجميع إلى إبراهيم ﷺ على البعد منه، ونسب عيسى إليه، وهو من أولاد البنات.

وإن قال: وقفت على عشيرتى: فإن كان له عشيرة يحصى عددهم - وهى: قبيلة الرجل التى ينسب إليها - صح الوقف، وصرف ذلك إلى جميعهم. وإن كان عددهم لا يحصى - كبنى تميم وطيئ - ففيه قولان:

أحدهما: لا يصح الوقف؛ لأنه عين الموقوف عليهم، ولا يمكن تعميمهم بالانتفاع به؛ فلم يصح، كما لو وقف على قوم.

والثانى: يصح، ويعطى ثلاثة ممن يختاره الناظر منهم، وهو الصحيح؛ لأن كل

من صح الوقف عليه إذا كان عددهم محصورًا، صح، وإن كان عددهم غير محصور: كالفقراء والمساكين.

وإن وقف على عترته، فقد قال ابن الأعرابى وثعلب: هم ذريته. وقال ابن قتيبة: هم عشيرته.

فرع: وإن وقف على البنين من أولاده، لم يدخل فيه الإناث ولا الخناثى. وإن وقف على الإناث من أولاده، لم يدخل فيه الذكور ولا الخناثى. وإن وقف على البنين والبنات من أولاده، فهل يدخل معهم الخنثى المشكل؟ فيه وجهان، حكاهما المصنف:

أحدهما: لا يدخل؛ لأنه ليس من البنين ولا من البنات.

والثانى: يدخل فيه؛ لأنه لا يخلو أن يكون من أحدهما. وهذا أصح.

وإن وقف على بنى زيد، لم يدخل فيه بناته. وإن وقف على بنى تميم، وقلنا: يصح الوقف عليهم - فهل يدخل الإناث منهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يدخلن؛ لأن اسم البنين إنما ينصرف إلى الذكور. فعلى هذا: لا يدخل معهم الخناثى.

والثانى: يدخلن؛ لأنه إذا أطلق اسم القبيلة، دخل فيه الذكور والإناث. فعلى هذا يدخل معهم الخناثى.

- قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن قال: وقفت على أولادى، فإن انقرض أولادى وأولاد أولادى فعلى الفقراء - لم يدخل فيه ولد الولد، ويكون هذا وقفًا منقطع الوسط؛ فيكون على قولين؛ كالوقف المنقطع الانتهاء.

ومن أصحابنا من قال: يدخل فيه أولاد الأولاد بعد انقراض ولد الصلب؛ لأنه لما شرط انقراضهم دل على أنهم يستحقون كولد الصلب.

والصحيح هو الأول؛ لأنه لم يشرط شيئًا وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم.

(الشرح) الأحكام: إن قال: وقفت هذا على أولادى، فإذا انقرضوا أو انقرض أولادهم فعلى الفقراء والمساكين - ففيه وجهان:

أحدهما: أن أولاد الأولاد يستحقون الوقف بعد انقراض الأولاد؛ لأنهم لما

اعتبر انقراضهم لاستحقاق الفقراء، دل على استحقاقهم من الوقف.

والثانى - وهو الصحيح -: أنهم لا يستحقون شيئًا؛ لأنه لم يجعل لهم من الوقف شيئًا، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم. فعلى هذا: يكون الوقف منقطع الوسط؛ فيكون على قولين كالوقف المنقطع الانتهاء:

أحدهما: أنه باطل.

والثانى: أنه صحيح؛ فيكون لأولاد الواقف، فإذا انقرضوا وهناك أولادُ أولادٍ ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصرف إلى الواقف إن كان حيًّا، أو إلى وارثه إن كان ميتًا، إلى أن ينقرض ولد الولد، ثم يصرف إلى الفقراء والمساكين.

والثانى: أن الوقف يصرف إلى الفقراء والمساكين فى الحال.

والثالث: أنه يكون لأقرباء الواقف إلى أن ينقرض ولد الولد. وقد مضى دليلها.

إذا ثبت هذا: فإنه إذا وقف وقفًا على أولاده وأولاد أولاده، فلا يخلو: إما أن يكون الوقف مشتركًا، أو مرتبًا:

فإن كان مشتركًا، وذلك بأن يقول: وقفت هذا على أولادى وأولاد أولادى ما تناسلوا وتعاقبوا، فإن انقرضوا كان على الجامع، أو على الفقراء والمساكين - فإن الوقف على أولاده وأولاد أولاده يكون مشتركًا بين أهل البطن الأول ومن يحدث بعده، فيشارك من يحدث من كان موجودًا فى الغلة الحادثة بعد حدوث الولد؛ لأن الواو تقتضى الجمع والتشريك، فإن قال: يستوى الأعلى والأدنى، كان ذلك تأكيدًا، فإذا انقرضت ذريته، نقل إلى من بعدهم.

وإن كان الوقف مرتبًا، وذلك من وجهين:

أحدهما: أن يقول: وقفت هذا على أولادى، وأولاد أولادى ما تناسلوا وتعاقبوا الأول فالأول، أو الأدنى فالأدنى، أو الأقرب فالأقرب، أو الأعلى فالأعلى، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين - استحق أهل البطن الأعلى الوقف، فإذا انقرض أهل البطن الأعلى صرف إلى أهل البطن الثانى. وعلى هذا: لا يستحق أهلُ بطنٍ وهناك أحد من أهل البطن الذى فوقه، فإذا انقرضوا صرف إلى الفقراء والمساكين.

والثانى: أن يقول: وقفت هذا على أولادى، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم، وعلى هذا أبدًا.

أو يقول: وقفت هذا على أولادى، ثم على أولادهم، ثم على أولادهم، وعلى هذا أبدًا، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين - صح وكان مرتبًا. ولكن لابد أن يقول ههنا: وعلى هذا أبدًا؛ لأنه ربما يحدث بطن آخر لم يذكره فى قوله: «فإذا انقرضوا فعلى أولادهم»، أو فى قوله: «ثم على أولادهم»، فإذا قال: «وعلى هذا أبدًا»، استغرق جميع من يحدث، بخلاف القسم الأول، حيث قال: «ما تناسلوا وتعاقبوا»؛ فإن ذلك يغنى عن قوله: «وعلى هذا أبدًا».

فإن قال: وقفت هذا على ولدى، وولد ولدى، ثم على ولد ولد ولدى - فإن ولده وولد ولده يشتركان فى الوقف، فإذا انقرضا كان للبطن الثالث.

وإن قال: وقفت هذا على ولدى، ثم على ولد ولدى وولد ولد ولدى - فإن البطن الأول ينفرد بالوقف، فإذا انقرضوا اشترك البطن الثانى والثالث فى الوقف؛ لأنه رتب الأول وشرك بين الثانى والثالث.

فإن قال: وقفت هذا على أولادى، ثم على أولادهم، ثم على عقبهم ونسلهم، ثم على الفقراء والمساكين:

قال الشافعى فى «البويطى»: فإن الوقف يكون للبطن الأول - وهم: أولاده ما عاشوا - فإذا انقرضوا كان لأهل البطن الثانى لا يشاركهم فيه أهل البطن الثالث، ولا من بعدهم. فإذا انقرض أهل البطن الثانى كان للبطن الثالث والرابع ومن حدث من بعدهم، يشتركون فيه. فإذا انقرض نسله كان للفقراء والمساكين؛ لأنه رتب الوقف فى البطن الأول. وفى الثانى: يشترك فيمن بعدهم من نسله.

فرع: فإن قال: وقفت نخلى هذه على أولادى، على أن لبناتى منه مكيلةَ كذا، ويكون الباقى للذكور - صح، وكان للبنات ما شرطه. فإن بقى شىء استحقه الذكور، وإن لم يبق شىء فلا شىء لهم.

وإن قال: وقفت هذا على أولادى، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم أبدًا ما تناسلوا - فمن مات منهم وكان له ولد كان نصيبه لولده، ومن مات ولا ولد له كان نصيبه لأهل الوقف - فإن كان للواقف ثلاثة أولاد كان الوقف أثلاثًا بينهم، فإن مات واحد منهم وله ولد، كان نصيب أبيه له، فإن مات الثانى بعده ولا ولد له، رجع نصيبه إلى أخيه وابن أخيه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وقف على أقاربه - دخل فيه كل من تعرف قرابته، فإن كان للواقف أب يعرف به وينسب إليه دخل فى وقفه كل من ينسب إلى ذلك الأب، ولا يدخل فيه من ينسب إلى أخى الأب أو أبيه.

فإن وقف الشافعى - رحمه الله - لأقاربه دخل فيه كل من ينسب إلى شافع بن السائب؛ لأنهم يعرفون بقرابته، ولا يدخل فيه من ينسب إلى على وعباس بن السائب، ولا من ينسب إلى السائب؛ لأنهم لا يعرفون بقرابته.

ويستوى فيه من قرب وبعد من أقاربه، ويستوى فيه الذكر والأنثى؛ لتساوى الجميع فى القرابة.

فإن حدث قريب بعد الوقف، دخل فيه.

وذكر البويطى: أنه لا يدخل فيه، وهذا غلط من البويطى؛ لأنه لا خلاف أنه إذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده.

(الشرح) الأحكام: إن قال: وقفت هذا على قراباتى، أو على أقربائى، أو على ذوى رحمى، أو على أرحامى، أو كان ذلك فى الوصية - صرف ذلك إلى من يعرف بقرابته من قبل الآباء والأمهات، فإن كان له جد يعرف به عند عامة الناس، صرف إلى من ينسب إلى ذلك الجد دون من ينسب إلى أبى ذلك الجد، ولا إلى من ينسب إلى أخى ذلك الجد، كالشافعى إذا وقف على قرابته؛ فإنه يصرف إلى من ينسب إلى شافع بن السائب، ولا يصرف إلى من ينسب إلى على وعباس ابنى السائب، ولا إلى من ينسب إلى السائب بن عبيد.

ويدخل فيه بنات الواقف وأولاد بناته ويدخل فيه أمهات الواقف وآباء أمهاته، وأخواته، وخالاته.

وقال أبو حنيفة: يدخل فيه كل ذى رحم محرم بالنسب، مثل: الآباء والأمهات، والبنين والبنات، وأولادهم، والإخوة والأخوات، والأعمام والعمات دون بنيهم.

وقال مالك: يدخل فيه من يرث الواقف لا غير.

دليلنا: قوله - تعالى -: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١].

وقوله - تعالى -: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾

[الحشر: ٧] ولنا منها ثلاثة أدلة:

أحدها: أن النبى ﷺ أعطى من سهم ذوى القربى بنى أجداده - وهم: بنو هاشم - وبنى أعمامه، وهم: بنو المطلب.

والثاني: أن النبى ﷺ لما أعطى بنى هاشم وبنى المطلب سهم ذوى القربى، أتاه عثمان بن عفان - وهو: من ولد عبد شمس بن عبد مناف - وجبير بن مطعم - وهو من ولد نوفل بن عبد مناف - وقالا: أما بنو هاشم فلا ينكر فضلهم؛ لمكانك الذى وضعك الله فيهم، فما بال بنى المطلب أعطيتهم وحرمتنا، وقرابتنا وقرابتهم واحدة؟! فقال ﷺ: «إِنَّمَا بَنُوْ هَاشِمٍ، وَبَنُو الْمُطلِبِ شَىءٌ وَاحِدٌ» - وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ «إِنَّهم مَا فَارَقُوْنَا فى جَاهِلِيَّةٍ وَلا إِسْلَامٍ». فأقرهما النبى ﷺ على دعواهما القرابة، ولكنه أخبر أن ذلك السهم لا يستحق بالقرابة منفردة، وإنما يستحق بالقرابة والنصرة.

والثالث: أن النبى ﷺ كان يعطى من ذلك السهم من كان يرثه، ومن لا يرثه، فإنه أعطى منه العمات.

وروى عن الزبير: أنه قال: كنت أضرب فى الغنائم بأربعة أسهم: سهم لى، وسهمين لفرسى، وسهم لأمى، وأمه كانت: صفية بنت عبد المطلب عمة النبى ﷺ.

وروى أنه لما نزل قوله - تعالى -: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء: ٢١٤] جمع النبى ﷺ عشيرته وقال: «يَا بَنِى هَاشِم، يَا بَنِى عَبْدِ ٱلْمُطَّلِبِ، يَا بَنِى عَبْدِ مَنَافٍ، يَا عَبَّاس، يَا فَاطِمَةُ بِنْت مُحَمَّدٍ، إِنِّى لا أُغْنِى عَنْكُمْ مِنَ اللهِ شَيْئًا» فعندها قال أبو لهب: ألهذا جمعتنا ؟ تبًّا لك، فنزل قوله تعالى: ﴿تَبَّتْ يَدَآ أَبِى لَهَبٍ وَتَبَّ﴾ [المسد: ١].

إذا ثبت هذا: فإنه يصرف إلى غنى قرابته وفقيرهم، وذكرهم وأنثاهم، ويسوى بين الذكر والأنثى، كما لو وهب لرجل وامرأة شيئا.

فإن حدث له قريب بعد الوقف دخل فى الوقف.

وقال فى « البويطى »: لا يدخل فى الوقف وهذا غير صحيح؛ لأن اسم القرابة يتناوله؛ فدخل فيه، كما لو قال: وقفت هذا على أولادى، فإنه يدخل فيه من يحدث من أولاده بعد الوقف. هذا نقل أصحابنا البغداديين. وقال المسعودى: إذا أوصى للقرابة، فهل تقدم قرابة الأب على قرابة الأم؟ ينظر فيه:

فإن كان الموصى من العجم، فلا تقدم قرابة الأب على الأخرى، بل يصرف ذلك إلى أقاربه من جانب الأب والأم.

وإن كان من العرب، فإنما هو لقرابته من قبل أبيه، فيدفع إلى البطن الذى ينتمى إليه؛ لأن العجم لا تعرف القبائل والبطون، فعندهم الرجل إذا سمى قرابته؛ فإنما يريد به قرابته من جهة آبائه وأمهاته، والعرب تعرف القبائل والبطون بينهم، فلا ينسب الرجل إلى قرابة أمه ألبتة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وقف على أقرب الناس إليه، ولم يكن له أبوان؛ صرف إلى الولد ذكرًا كان أو أنثى؛ لأنه أقرب من غيره؛ لأنه جزء منه.

فإن لم يكن له ولد فإلى ولد الولد من البنين والبنات.

فإن لم يكن ولد ولا ولد ولدٍ وله أحد الأبوين؛ صرف إليه؛ لأنهما أقرب من غيرهما.

فإن اجتمعا، استويا.

فإن لم يكونا، صرف إلى أبيهما: الأقرب فالأقرب.

فإن كان له أب وابن، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواء؛ لأنهما فى درجةٍ واحدةٍ فى القرب.

والثانى: يقدم الابن؛ لأنه أقوى تعصيبًا من الأب.

فإن قلنا: إنهما سواء، قدم الأب على ابن الابن؛ لأنه أقرب منه.

وإن قلنا: يقدم الابن قدم ابن الابن على الأب؛ لأنه أقوى تعصيبًا منه.

فإن لم يكن أبوان ولا ولد وله إخوة - صرف إليهم؛ لأنهم أقرب من غيرهم.

فإن اجتمع أخ من أبٍ وأخٌ من أم استويا، وإن كان أحدهما من الأب والأم، والآخر من أحدهما، قدم الذى من الأب والأم؛ لأنه أقرب.

فإن لم يكن إخوة - صرف إلى بنى الإخوة على ترتيب آبائهم.

فإن كان له جد وأخ - ففيه قولان:

أحدهما: أنهما سواء؛ لتساويهما فى القرب، ولهذا سوينا بينهما فى الإرث.

والثانى: يقدم الأخ؛ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد.

فإذا قلنا: إنهما سواء قدم الجد على ابن الأخ.

وإن قلنا: يقدم الأخ، فابن الأخ، وإن سفل، أولى من الجد.

فإن لم يكن إخوة وله أعمام - صرف إليهم ثم إلى أولادهم على ترتيب الإخوة وأولادهم.

فإن كان له عم، وأبو جد - فعلى القولين فى الجد والأخ.

وإن كان له عم وخال أو عمة وخالة أو ولدهما - فهما سواء فإن كان له جدتان إحداهما تدلى بقرابتين، والأخرى بقرابةٍ فالتى تدلى بقرابتين أولى؛ لأنها أقرب.

ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: إن السدس بينهما فى الميراث، استويا فى الوقف.

(الشرح) قوله: (تعصيب)[1]: أى يصيِّر غير عصبة، والعصبة مشتقة من العصابة التى تحيط بالرأس. وسموا عصبة؛ لأنهم تعصبوا، أى: أحاطوا به، فالأب طرف، والابن طرف، والأخ جانب، والعم جانب.

الأحكام: إن وقف على أقرب الناس إليه، أو أقربهم رحمًا به، أو أمسهم رحمًا به، أو أوصى له - فإنه يصرف إلى أقرب الناس إليه من الرجال والنساء، فإن لم يكن له والدان، صرف إلى أولاده الذكور والإناث، ويسوى بينهم، ثم إلى أولادهم، ثم إلى أولاد أولادهم، فإن كان له ابنُ ابن ابن، وابنة بنت - صرف إلى ابنة البنت؛ لأنها أقرب من ابن ابن الابن. فإن لم يكن له ولدٌ ولا ولدُ ولدٍ، وله أحد الأبوين - صرف إليه، وإن اجتمعا، تساويا؛ لأنهما فى درجةٍ واحدةٍ.

وإن كان له أب وابن، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواءٌ؛ لأنهما فى أول درجة من الميت.

فعلى هذا: يقدم الأب على ابن الابن.

والثانى - وهو المذهب -: أن الابن يقدم؛ لأنه جزء من الواقف، وأقوى تعصيبًا من الأب.

فعلى هذا: يقدم ابن الابن وإن سفل، على الأب.

وإن اجتمعت الأم والابن فينبغى أن يكون على الوجهين المذكورين فى الأب والابن.

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٩١).

وقطع الماوردى فى الحاوى بتقديم المولودين على الوالدين فقال: ولو وقفها على أقرب الناس به فهم المولودون، يقدم الأقرب منهم فالأقرب، يستوى فيه الذكور والإناث وأولاد الإناث، ثم الوالدون، يستوى فيهم الآباء والأمهات[1].

فإن لم يكن له والد ولا ولد، وله إخوة وأخوات، صرف إليهم. فإن كان فيهم من يدلى بالأبوين، وفيهم من يدلى بأحدهما، قدم من يدلى بهما؛ لأنه أقرب. وإن كان أحدهما يدلى بالأب والآخر يدلى بالأم، فهما سواءٌ، وأولادهم يقومون مقامهم.

فإن لم يكن له إخوةٌ، وله جد من قبل الأب أو من قبل الأم، صرف إليه. وإن كانت له جدة من قبل أحدهما، صرف إليها. فإن اجتمع الجد أبو الأب، والجد أبو الأم، وأم الأب - صرف إليهم بالسوية؛ لأنهم منه بمنزلة واحدة.

وإن اجتمع الجد أبو الأب، والأخ من قبل الأب والأم، أو من الأب - ففيه قولان:

أحدهما: أنهما سواءٌ؛ لتساويهما فى القرب منه.

فعلى هذا: يقدم الجد على ابن الأخ.

والثانى: أن الأخ أولى؛ لأنه أقوى تعصيبًا منه.

فعلى هذا: يقدم ابن الأخ على الجد.

فإن لم يكن له أحد هؤلاء، وله أعمام، صرف إليهم على ترتيب الأخوّة.

فإن كان له عم وأبو جد، فعلى القولين فى الأخ والجد.

فإن كان له عمٌّ وخالٌ، أو عمةٌ و خالةٌ، أو عمٌّ وخالةٌ - صرف إليهما، وأولادهم يقومون مقامهم.

فإن كانت له جدتان: إحداهما تدلى بقرابتين، والأخرى تدلى بقرابة واحدة، بأن يتزوج رجلٌ بابنة عمته، أو ابنة خالته، ثم يولد له منها ولدٌ، فإن أم أم زوجته تدلى إلى ولدهما بقرابتين، فإن كان هناك جدة تحاذيها - ففيه وجهان:

أحدهما: أن التى تدلى بقرابتين أولى.

والثانى: أنهما سواءٌ.

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٢٩ - ٥٣٠).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وقف على جماعةٍ من أقرب الناس إليه - صرف إلى ثلاثةٍ من أقرب الأقارب.

فإن وجد بعض الثلاثة فى درجةٍ، والباقى فى درجةٍ أبعد - استوفى ما أمكن من العدد من الأقرب، وتمم الباقى من الدرجة الأبعد؛ لأنه شرط الأقرب والعدد، فوجب اعتبارهما.

(فصل) وإن وقف على مواليه وله مولى من أعلى، ومولى من أسفل - ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يصرف إليهما؛ لأن الاسم يتناولهما.

والثانى: يصرف إلى المولى من أعلى؛ لأن له مزيةً بالعتق والتعصيب.

والثالث: أن الوقف باطل؛ لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر.

ولا يجوز الحمل عليهما؛ لأن المولى فى أحدهما بمعنًى، وفى الآخر بمعنى آخر؛ فلا تصح إرادتهما بلفظٍ واحدٍ فبطل.

(الشرح) **الأحكام:** إن وقف على جماعة من أقرب الناس إليه، أو أوصى لهم، صرف إلى ثلاثة من أقرب الدرجات إليه.

فإن كان له ثلاثة أولاد فى درجةٍ واحدةٍ، صرف إليهم؛ لأنهم أقل الجميع. فإن كان فى الدرجة الأولى أقل من ثلاثة، تمموا من الدرجة التى تليها.

فإن كان هناك ثلاثة من ثلاث درجات - صرف إلى كل واحدٍ منهم ثلث الوقف.

فإن كان فى الدرجة الأولى أكثر من ثلاثة - ففيه وجهان:

أحدهما: أن الناظر فى الوقف والوصية يصرف ذلك إلى ثلاثة يختارهم منهم، كما لو وقف على الفقراء أو أوصى لهم.

والثانى: يصرف إلى جميعهم بالسوية؛ لأنه لا مزية لبعضهم على بعض، بخلاف الفقراء؛ لأنهم لا ينحصرون، فالوقف والوصية إنما يقع بجهتهم دون أعيانهم.

وإن كان فى الدرجة الأولى اثنان، وفى الثانية اثنان، صرف الثلثان إلى اللذين فى الدرجة الأولى، وفى الثلث الباقى وجهان:

أحدهما: يصرفه الناظر إلى واحدٍ يختاره من اللذين فى الدرجة الثانية.

والثانى: يصرف إليهما بالسوية.

فصل: وإن وقف عينًا على مواليه فإن ذكر مولى من أعلى فهى له دون من سفل، وإن ذكر مولى من أسفل، فهى له دون من علا، وإن أطلق فيه ثلاثة أوجه، حكاها أبو سعيد الإصطخرى:

أحدها: يكون لمن علا وهو المعتق؛ لأنه المنعم.

والثانى: يكون لمن سفل وعلا؛ لاشتراكهما فى اسم المولى[1].

والثالث: لا يصح الوقف؛ لأن اسم المولى فى أحدهما لمعنى معين، وفى الآخر لمعنى آخر، فصار من أسماء الأضداد؛ لأن أحدهما منعم، والآخر منعم عليه، ولا يمكن حمله على العموم فيهما؛ لأن العموم إنما يحمل إذا كان من أسماء الأجناس كالمسلمين والمشركين.

وإن كان الموقوف عليه والموصى له منهما مجهولًا لم يصح.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وقف على زيدٍ وعمرٍو وبكرٍ ثم على الفقراء، فمات زيد صرف إلى من بقى من أهل الوقف.

فإذا انقرضوا صرف إلى الفقراء.

وقال أبو على الطبرى: يرجع إلى الفقراء؛ لأنه لما جعل لهم إذا انقرضوا؛ وجب أن تكون حصة كل واحدٍ منهم لهم إذا انقرض.

والمنصوص فى «حرملة» هو الأول؛ لأنه لا يمكن نقله إلى الفقراء؛ لأنه قبل انقراضهم لم يوجد شرط النقل إلى الفقراء.

ولا يمكن رده إلى الواقف؛ لأنه أزال ملكه عنه فكان أهل الوقف أحق به.

(الشرح) الأحكام: إذا قال: وقفت هذا على زيدٍ وعمرو وبكرٍ، فمن مات منهم وله ولدٌ، فنصيبه لولده، فإذا انقرضوا، فعلى الفقراء والمساكين - حمل ذلك على شرطه.

وإن قال: وقفته على زيدٍ وعمرو وبكرٍ، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين، فمن مات منهم وله ولدٌ، فنصيبه لولده، ومن مات ولا ولدَ له، نقل نصيبه إلى أهل

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٠).

الوقف، أو إلى الفقراء والمساكين - حمل ذلك على ما شرطه.

وإن قال: وقفته عليهم، فإذا انقرضوا، فعلى الفقراء والمساكين، وأطلق، فمات واحدٌ منهم - ففيه قولان سواءٌ كان له ولدٌ أم لم يكن:

أحدهما - وهو قول أبى على الطبرى - أن نصيبه يصرف إلى الفقراء والمساكين؛ لأنه لما جعل الجميع لهم إذا انقرضوا، وجب أن يكون نصيب كل واحدٍ منهم لهم إذا انقرض.

والثانى - وهو منصوص فى « حرملة » -: أن نصيبه يكون لمن بقى من الآخرين. وبه قال مالك.

قال أبو العباس: ولأى معنى صرف إليهما، يحتمل معنيين:

أحدهما: أنه لا يمكن دفع نصيبه إلى الفقراء والمساكين؛ لأنه جعل انقراض أهل الوقف شرطًا فى استحقاق الفقراء، ولم يوجد انقراضهم، فلا يمكن رده إلى الواقف؛ لأن ملكه قد زال عنه فلم يبق إلا صرفه إلى من بقى منهم؛ لأنه أقرب.

والمعنى الثانى: أنه لما قال: وقفته عليهم، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين - صار كأنه وقفه عليهم وعلى من عاش منهم، وهذا من ضمن كلامه معلوم.

فصل: فى فروع تتعلق بالفصول السبعة السابقة التى أوردها المصنف، وقد ذكر بعضها الماوردى فى الحاوى، وذكر البعض الآخر العمرانى فى البيان:

فرع: للواقف أن يشرك فى وقفه بين الأغنياء والفقراء، وله أن يخص به الفقراء دون الأغنياء، وله أن يخص به الأغنياء دون الفقراء.

ولو قال: وقفت دارى على الفقراء من بنى تميم؛ دفع ريعها إلى كل من ادعى الفقر منهم، وإن جهلت حاله، ما لم يعلم غناه، ولا يكلف البينة على فقره؛ لأن الأصل فى الناس العدم.

ولو وقفها على الأغنياء منهم، لم يدفع إلى من ادعى الغنى منهم - عند الجهل بحاله - إلا ببينة تشهد له بالغنى؛ لأنه يدعى حدوث ما لم يعلم.

فرع: فلو وقفها على من استغنى منهم لم يستحقها إلا من كان فقيرًا، ثم استغنى، فأما من لم يزل غنيًّا فلا حق له فيها؛ لأن الاستغناء يقتضى حدوث الغنى، ولا يدفع إلى من ادعى ذلك إلا ببينة.

ولو وقفها على من افتقر لم يستحقها إلا من كان غنيًّا ثم افتقر، ولا يدفع إلى من

ادعى ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعى فقرًا بعد غنى.

فرع: فلو وقفها على فقراء أهله، فكان منهم صبى فقير له أب غنى، أو امرأة فقيرة لها زوج غنى، أو رجل فقير له ابن غنى - فكل هؤلاء من الفقراء المستحقين لها، وكذلك لو كان فيهم من لا مال له، وهو يشتغل بعمل يديه، كان من فقراء الوقف، وإن لم يكونوا من فقراء الزكاة؛ ألا ترى أنهم يكفرون بالصيام تكفير الفقراء[1].

فرع: قال المسعودى: إذا وقف دابة على رجل للركوب، ولم يجعل له درها ووبرها - فللموقوف عليه الركوب، وليس له الدر والوبر، وكان الحكم فى الدر والوبر حكم من وقف شيئًا على زيدٍ، وسكت عمن يصرف إليه بعده.

فرع: وإن وقف شيئًا فى سبيل الله، كان ذلك وقفًا على الغزاة عند نشاطهم دون المرتبين فى ديوان الإمام.

وقال أحمد: الحج من سبيل الله، وتعلق بحديث أم معقل.

دليلنا: أن مطلق كلام الآدمى محمولٌ على المعهود فى الشرع، وقد ثبت أن سهم سبيل الله فى الصدقات مصروف إليهم، فكذلك الوقف المطلق.

وأما الخبر: فيحتمل أن فى كلام الواقف ما دل أنه أراد سبيل الثواب.

وإن وقف شيئًا فى سبيل الثواب، صرف ذلك إلى أهله وقرابته؛ لأنهم أعظم جهات الثواب، ولهذا قال ﷺ «صَدَقَتُكَ عَلَى غَيْرِ ذى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ، وَصَدَقَتُكَ عَلَى ذِى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ».

وإن وقف شيئًا على سبيل الخير، صرف ذلك إلى من يستحق الزكاة لحاجته إليها، وهم الفقراء والمساكين، وفى الرقاب، والغارمون - لمصلحتهم - وابن السبيل.

فرع: وإن وقف شيئًا على وجوه البر، صرف ذلك إلى من اختاره الناظر من الفقراء والمساكين والمساجد والقناطر وسائر مصالح المسلمين.

وقال بعض أهل العلم: يصرف إلى من يستحق الزكاة سوى العاملين عليها. وليس بشىء؛ لأن ذلك يعم جميع مصالح المسلمين.

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٠).

فرع: قال الصيمرى: وإن قال: وقفت هذا على العلماء، صرف ذلك إلى كل عالم بأصول الشريعة وفروعها، ولا يصرف إلا إلى من يكمل لهما.

وإن قال: وقفت على الفقهاء، صرف إلى أهل الفروع.

وإن قال: على النحاة، لم يصرف إلى أهل اللغة.

فرع: قال أبو العباس: وإن وقف ضيعةً، وقال: يكون الانتفاع منصرفًا إلى عمارتها وحق السلطان، وما فضل بعد ذلك فى تبعاتى فى الزكاة والكفارات - صح الوقف، وصرفت الغلة إلى الفقراء والمساكين؛ لأن الظاهر أنه أخرج زكاته وكفارته، وإنما خاف النقص، فيكون هذا تطوعًا منه.

فرع: ولو وقف عينًا على الأرامل فهم النساء اللاتى لا أزواج لهن، وفى اعتبار فقرهن ما ذكرناه فى اليتامى إن خص أرامل قبيلة لم يراع فقرهن. وإن عم وأطلق، ففيه وجهان.

وهل يدخل فيهم الرجال الذين لا أزواج لهم؟ على وجهين:

أحدهما: لا يدخلون؛ اعتبارًا بالعرف فى الاسم.

والثانى: يدخلون؛ اعتبارًا بحقيقة اللغة، وصريح اللسان وأن الأرمل الذى لا زوج له من الرجال والنساء، قال الشاعر:

كلُّ الأراملِ قدْ قضيتَ حاجَتَهَا فمنْ لحاجةِ هذَا الأرمل الذكَر

فرع: ولو وقفها على الغلمان، فهم من لم يبلغ من الذكور.

ولو وقفها على الجوارى، فهم من لم يبلغ من الإناث.

ولو وقفها على الفتيان، فهم من قد بلغ وإلى ثلاثين سنة، وكذا لو وقفها على الشباب فهم كالفتيان ما بين البلوغ والثلاثين.

ولو وقفها على الكهول، فهم من بين الثلاثين والأربعين، وقد قيل فى تأويل قوله - تعالى -: ﴿وَكَهْلًا وَمِنَ الصَّالِحِينَ﴾ [آل عمران: ٤٦] أنه كان ابن ثلاثين سنة.

ولو وقفها على الشيوخ فهم من تجاوز الأربعين.

فرع: ولو وقفها على جيرانه، فقد اختلف الناس فى الجيران:

فقال بعضهم: من ليس بينك وبينهم درب يغلق.

وقال آخرون: من صلى معك فى مسجدك، ودخل معك إلى حمامك.

وقال آخرون: من كان بينك وبينه أربعون دارًا.

ومذهب الشافعي: أنهم من نسبوا إلى سكنى محلتك.

وسواء من كان منهم مالكًا أو مستأجرًا، ويسوى بين أغنيائهم وفقرائهم وجهًا واحدًا ما لم يميز؛ لأنه ليس من الشيوع تخصيص الجوار بالفقر.

فرع: ولو وقفها على قراء القرآن أعطى من قرأه كله وإن لم يكن حافظًا، ولا يعطى من قرأ بعضه إلا أن يقول: «من قرأ قرآنًا» فيعطى منه من قرأ ولو بعض آية، وهو قدر ما يمنع منه الجنب.

ولو وقفه على حفاظ القرآن، لم يعط من نسيه بعد حفظه[1].

فرع: وإن وقف على أهل بيته أو أوصى لهم، صرف إلى أبيه وأقاربه من جهة أبيه، نحو أجداده وإخوته؛ لأنه روى عن ثعلب: أنه قال: أهل البيت: الأقارب من جهة الأب.

قال الشيخ أبو حامد: فعلى هذا لا يكون لبنيه ولا لأقاربه من أمه شيء؛ لأنهم ليسوا من أهل بيته، فمن كان من أهل بيته وارثًا، لم تصرف إليه الوصية، بل إلى الباقين.

فرع: إذا وقف شيئًا في مرض موته، فإن ذلك وصية.

فإن كان الوقف على أجنبي: فإن احتمله الثلث من تركته، صح الوقف. وإن لم يحتمله الثلث، لزم الوقف في قدر الثلث، ووقف ما زاد عليه على إجازة الورثة.

وإن وقف على وارثه في مرض موته، وقف على إجازة الورثة، سواءٌ احتمله الثلث أو لم يحتمله، كالوصية له.

فإن كان له دارٌ لا يملك غيرها، فوقفها على ابنه في مرض موته، ولا وارث له سواه، قال المسعودي: لزم الوقف في ثلثها؛ لأن أكثر ما فيه أنه حال بينه وبين ثلثها، وله أن يفعل ذلك في ثلثه.

وأما الثلثان: فللابن إبطال الوقف فيهما؛ لأن الإنسان لا يملك التبرع في مرض موته إلا بثلث تركته، فإن أبطله، فلا كلام، وإن اختار أن يجيزه وقفًا على نفسه:

(١) ينظر الحاوي (٧/ ٥٣١ - ٥٣٢).

المسجد؛ فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه وقد يعمر الموضع فيصلى فيه.

فإن قلنا: تباع؛ كان الحكم فى ثمنه حكم القيمة التى توجد من متلف الوقف، وقد بيناه.

وإن وقف شيئًا على ثغرٍ، فبطل الثغر كـ«طرسوس» - أو على مسجدٍ، فاختل المكان، حفظ الانتفاع ولا يصرف إلى غيره؛ لجواز أن يرجع كما كان.

(فصل) وإن احتاج الوقف إلى نفقةٍ - أنفق عليه من حيث شرط الواقف؛ لأنه لما اعتبر شرطه فى سبيله اعتبر شرطه فى نفقته؛ كالمالك فى أمواله.

وإن لم يشترط أنفق عليه من غلته؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة فحمل الوقف عليه، وإن لم يكن له غلة، فهو على القولين.

إن قلنا: إنه لله - تعالى - كانت نفقته فى بيت المال كالحر المعسر الذى لا كسب له.

وإن قلنا: للموقوف عليه - كانت نفقته عليه.

(الشرح) قوله: (فإن وقف شيئًا على ثغر)[1] هو الموضع الذى يظهر منه العدو ويأتى منه.

وقوله: (فاختل) الخلل والاختلال: الفساد فى الأمر.

وقوله: (حفظ الانتفاع) هو: غلة الوقف.

الأحكام: إن وقف مسجدًا فى محلة فخربت المحلة، أو وقف دارًا فخربت وتعطلت منافعها - لم يبطل الوقف فيهما.

وقال أحمد: إذا خربت المحلة - جاز نقض المسجد وصرف آلته إلى بناء مسجد آخر، وإذا خربت الدار، جاز بيعها، وصرف ثمنها إلى بناء دار أخرى.

وقال محمد: يبطل الوقف فيهما، ويكونان ملكًا للواقف.

دليلنا: أن مازال الملك فيه لحق الله، لا يبطل باختلال الانتفاع به، كما لو أعتق عبدًا ثم زمن. ولأنه قد يصلى فيه أفراد الناس، وقد تعمر المحلة وتعمر الدار.

فرع: وإن وقف نخلة فانقلعت أو يبست، أو وقف مسجدًا فانكسرت خشبةٌ منه ففيه وجهان:

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٩١).

فإن قلنا: إن الإجازة من الوارث ابتداء عطيةٍ منه، لم يصح، كما لا يجوز أن يقف على نفسه.

وإن قلنا: إنه تنفيذٌ لما فعله الموصى، صح.

فرع: وإن كان له دارٌ، فوقفها على ابنه وابنته بينهما نصفين، واحتملها الثلث، ولا وارث له غيرهما، فإن أجاز الابن الوقف على أخته صح، وكانت الدار وقفًا بينهما نصفين، وإن أبى أن يجيزه، قال ابن الحداد: بطل الوقف فى نصف الموقوف على الابنة - وهو: ربع الدار - ويبقى الربع موقوفًا على الابنة، والنصف موقوفًا على الابن، ثم يقتسمان الربع الذى بطل فيه الوقف بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

وتصح المسألة من اثنى عشر: للابن ثمانية أسهم: ستةٌ منها وقفٌ عليه، وسهمان طلقٌ له، وللابنة أربعة أسهم: ثلاثة وقفٌ عليها، وسهمٌ طلقٌ لها.

فإن كانت له دارٌ وقفها على ابنه وزوجته نصفين بينهما، ولا وارث له غيرهما، وخرجت الدار من ثلثه - فإن أجاز الابن الوقف على الزوجة، كانت وقفًا بينهما نصفين. وإن لم يجز، فقد فضل الزوج الزوجة بثلاثة أسهم من ثمانية من الدار، فيبطل الوقف فيها، ويكون ذلك ملكًا للابن طلقًا، ويبقى أربعة أسهم من ثمانية من الدار وقفًا على الابن، فيصير أربعة أسباع نصيبه وقفًا عليه، وثلاثة أسباع نصيبه طلقًا له، فيجب أن يكون نصيب الزوجة كذلك؛ لأنه سوى بينهما فى الوقف، فيكون أربعة أسباع ثمنها وقفًا عليها، وثلاثة أسباع ثمنها طلقًا لها، فنضرب ثمانية فى سبعة فذلك ستة وخمسون، للابن تسعة وأربعون سهمًا: ثمانية وعشرون منها وقف عليه، وأحدٌ وعشرون طلقٌ له. وللزوجة سبعة أسهم: أربعةٌ وقفٌ عليها، وثلاثةٌ طلقٌ لها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وقف مسجدًا فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه - لم يعد إلى الملك ولم يجز له التصرف فيه؛ لأن ما زال الملك فيه لحق الله - تعالى - لا يعود إلى الملك بالاختلال؛ كما لو أعتق عبدًا ثم زمن.

وإن وقف نخلةً فجفت، أو بهيمةً فزمنت، أو جذوعًا على مسجدٍ فتكسرت - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز بيعه؛ لما ذكرناه فى المسجد.

والثانى: يجوز بيعه؛ لأنه لا يرجى منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف

أحدهما: لا يجوز بيعها؛ لما ذكرناه في المسجد.

والثاني: يجوز بيعها؛ لأن منفعتها بطلت؛ فكان بيعها أولى من تركها.

فإذا قلنا بهذا: فهل يجب صرف ثمنها في شراء مثلها؛ لتكون وقفًا مثلها، أو يكون ملكًا للموقوف عليه، ويصرف في سائر مصالح المسجد؟ فيه طريقان، كما قلنا في قيمة الوقف إذا تلف.

قال أبو علي السنجي: وكل ما اشترى للمسجد من الحصير والخشب والآجر والطين - لا يجوز بيع شيء منه؛ لأن ذلك كله في حكم المسجد، فهو كجزء من أجزائه. فإن أشرفت على الهلاك ولا يحتاج المسجد إليهما؛ كالحصيرة البالية والأخشاب العفنة - فهل يجوز بيعها؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنا لو قلنا: لا يجوز بيعها، لهلكت.

والثاني: لا يجوز، قال: وهو الأصح؛ لأنها في حكم المسجد.

قال الطبري: وما أشرف على الهلاك من أستار الكعبة، ولم يبق فيه جمال ولا منفعة - فهل يجوز بيعه؟ يحتمل أن يكون على هذين الوجهين.

قال: والصحيح في الكل: لا يجوز بيعه.

فرع: وإن وقف أرضًا على ثغر، فبطل الثغر وتعذر القتال فيه، حفظ انتفاع الوقف - وهو: غلته - ولا يصرف إلى غيره؛ لجواز أن يعود الثغر كما كان.

فصل: وإذا احتاج الوقف إلى نفقة؛ بأن كان حيوانًا أو أرضًا تحتاج إلى العمارة: فإن شرط الواقف أن نفقة ذلك من غلة الوقف، أنفق عليها من غلتها، وما بقي صرف إلى أهل الوقف.

قال ابن الصباغ: وإن شرط الواقف أن تكون نفقتها من ماله، حمل على ذلك. وإن أطلق ذلك، أنفق عليه من غلته؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بذلك.

فإن بطلت منفعته بأن كان عبدًا فزمن:

فإن قلنا: إن الملك فيه ينتقل إلى الله - تعالى - أنفق عليه من بيت المال؛ كالحر المعسر.

وإن قلنا: إن الملك فيه ينتقل إلى الموقوف عليه، كانت نفقته عليه.

وإن قلنا بالقول المخرج: إن ملك الواقف باق عليه، وجبت نفقته عليه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) والنظر فى الوقف إلى من شرطه الواقف؛ لأن الصحابة - رضى الله عنهم - وقفوا وشرطوا من ينظر، فجعل عمر - رضى الله عنه - إلى حفصة - رضى الله عنها - وإذا توفيت فإنه إلى ذوى الرأى من أهلها؛ لأن سبيله إلى شرطه، فكان النظر إلى من شرطه وإن وقف ولم يشرط الناظر، ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: إنه إلى الواقف؛ لأنه كان النظر إليه.

فإذا لم يشرطه، بقى على نظره.

والثانى: أنه للموقوف عليه؛ لأن الغلة له فكان النظر إليه.

والثالث: إلى الحاكم؛ لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه، وحق من ينتقل إليه فكان الحاكم أولى.

فإن جعل الواقف النظر إلى اثنين من أفاضل ولده، ولم يوجد فيهم فاضل إلا واحد ضم الحاكم إليه آخر؛ لأن الواقف لم يرض فيه بنظرٍ واحدٍ.

(الشرح) وقف عمر تقدم تخريجه.

وقوله: (إلى ذوى الرأى من أهلها) أراد: من أهل الصدقة.

الأحكام: النظر فى الوقف إلى من شرطه الواقف: فإن جعل الواقف النظر فيه لنفسه أو لغيره، حمل على ذلك؛ لما هو مذكور من أخبار الصحابة فى ذلك.

وقد نقل الزيلعى الإجماع على أنه إذا شرط الواقف الولاية لنفسه على الوقف، صح شرطه؛ لأنه شرط لا يخل بحكم الوقف؛ فيعتبر ويراعى، وقد رد العلامة قاسم على الزيلعى دعواه الإجماع، بأن المنقول أن اشتراطها يفسد الوقف عند محمد؛ كما فى « الذخيرة » ونازعه فى الفهم وأطال وأطاب، وحاصل ما ذكر فيه: أن فيه اختلاف المشايخ فى تأويل ما نقل عن محمد، واختلاف الرواية عنه إلى آخر ما قال، ويؤيد اختلاف المشايخ فى تأويل ما نقل عنه ما قال فى « الهداية ». وذكر هلال فى وقفه: وقال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية. قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد؛ لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرطه لصحة الوقف، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه. اهـ.

قال الكمال - رحمه الله - بعد نقله هذه المقالة: فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به؛ ولذا أطلق المصنف قوله « وهو ظاهر المذهب ». اهـ.

ومن نقل عن محمد صحة هذا الشرط صاحب « الإسعاف » - رحمه الله - حيث قال: وذكر محمد فى السير أنه إن وقف ضيعة له، وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك، إلا أن يشترطها لنفسه، وهى مبنية على ما تقدم من أن التسليم شرط عند محمد، فلا تبقى له ولاية إلا بالشرط منه له. اهـ.

وقال الشلبى - رحمه الله - فى حاشيته على الزيلعى: قال الناطفى: قال محمد فى السير الكبير: لا ولاية للواقف إلا أن يشرطه لنفسه إلى هنا لفظ كتاب الناطفى. اهـ.

ومن حيث ورود النقل عن محمد بصحة شرط الولاية لنفسه تكون دعوى الإجماع صحيحة.

ولا يقال: إذا ثبت عن محمد أن شرط الولاية لنفسه صحيح إن هذا ينافى التسليم إلى المتولى الذى هو شرط عنده؛ لأنه يمكن أن يسلمه إلى المتولى ثم يأخذه منه. وذكر فى النهاية أنه يحتمل أن يسقط التسليم عنده إذا شرط الولاية لنفسه؛ لأن شرطه يراعى[1].

فرع: وأما إن لم يجعل الواقف النظر فى الوقف لأحد:

فإن قلنا: إن الملك فيه ينتقل إلى الله، كان النظر فيه إلى الحاكم.

وإن قلنا: إنه ينتقل إلى الموقوف عليه، كان النظر فيه إليه.

وإن قلنا بالقول المخرج: إنه باقٍ على ملك الواقف، كان النظر فيه إليه.

وهو قول أبى يوسف - رحمه الله - من الحنفية.

وعند محمد لا تكون الولاية - هاهنا - للواقف.

وجه قول محمد أنه لما ترك الشرط ابتداء خرج الأمر من يده؛ فصار أجنبيًّا عنه، ولأبى يوسف - رحمه الله - دليلان:

الأول: أن المتولى إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه، فيستحيل ألا تكون له الولاية، وغيره يستفيد الولاية منه.

قال الكمال - رحمه الله - باحثًا: ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطًا؛ لأن التسليم يخرج عن ملكه؛ فيصير أجنبيًّا عنه؛ فيجب كون الولاية فيه للحاكم، يولى فيه من شاء ممن يصلح لذلك، وهو من لم يسأل الولاية

---

(١) ينظر الوقف لياسين حسين.

فى الوقف، وليس فيه فسق يعرف؛ بناء على خلوص الحق لله - عز وجل - لأن الحاكم هو الذى يتولى حقوق الله - تعالى - فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه، وعدم اشتراطه لنفسه من دليل، بخلاف ما إذا شرطها لنفسه. اهـ.

الثانى: أن الواقف أقرب الناس إلى الوقف، فيكون أولى بولايته، كمن بنى مسجدًا فإنه يكون أولى بعمارته ونصب القيم فيه، وكمن أعتق عبدًا فإن الولاء يكون له؛ لأنه أقرب الناس إليه.

وهذا الخلاف مبنى على ما تقدم من أن التسليم شرط عند محمد، فلا تبقى له ولاية بعد التسليم، إلا إن شرط الولاية لنفسه، وليس بشرط عند أبى يوسف؛ فتكون الولاية له من غير أن يشرطها لنفسه، وينبنى على هذا الخلاف فى اشتراط التسليم وعدمه أيضًا - أن القيم وكيل عند أبى يوسف؛ لأن الوقف يتم بدون التسليم، فإذا سلم إلى قيم كان وكيله.

وعند محمد: القيم قائم مقام أهل الوقف؛ لأن الوقف لا يتم إلا بالتسليم إلى القيم؛ فلا يكون للواقف ولاية، وإذا لم يشرط الواقف لنفسه ولاية عزل المتولى، فليس له عزله بعد ما سلمها إليه عند محمد، لكونه قائمًا مقام أهل الوقف. وعند أبى يوسف هو وكيله؛ فله عزله، وإن شرط على نفسه عدم العزل، وأما إذا شرط ولاية العزل لنفسه، ثم سلمه إلى المتولى، فهو جائز، نص عليه فى «السير الكبير».

وإذا مات الواقف، بطلت ولاية القيم عند أبى يوسف؛ بناء على الوكالة، إلا أن يجعلها له فى حياته وبعد مماته؛ فيكون وكيلًا عنه فى الحياة، ووصيًّا بعد الوفاة، ولا تبطل عند محمد؛ بناء على أصله[1].

فرع: فإن جعل الواقف النظر فيه إلى اثنين من أهل الوقف، ولم يوجد فى أهل الوقف من يصلح للنظر إلا واحدٌ - ضم إليه الحاكم واحدًا؛ لأن الواقف لم يرض إلا بنظر اثنين.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) إذا اختلف أرباب الوقف فى شروط الوقف وسبيله ولا بينة - جعل بينهم بالسوية فإن كان الواقف حيًا - رجع إلى قوله؛ لأنه ثبت بقوله فرجع إليه.

---

(١) ينظر الوقف لياسين حسين .

(الشرح) الأحكام: إذا اختلف أرباب الوقف فى شرطه، وتنازعوا فى ترتيب أو تفاضل، ولا بينة لبعضهم على بعض - اشتركوا جميعًا فيه بالسوية من غير ترتيب ولا تفاضل، وإن طلب بعضهم أيمان بعض لزمت. فلو كان الواقف حيًا، كان قوله فيه مقبولاً ولا يمين عليه. ولو مات وكان وارثه باقيًا كان قول وارثه فيه مقبولاً. فلو لم يكن واقف ولا وارث، وكان والٍ عليه، نظر فى ولايته: فإن كانت من قبل حاكم، لم يرجع إلى قوله فى شروط الوقف، وإن كان من قبل الواقف رجع إلى قوله فى شروطه عند اختلاف أهله.

فلو اختلف الوالى عليه والوارث فأيهما أحق بالرجوع إلى قوله؟ على وجهين:

أحدهما: الوارث؛ لأنه يقوم مقام الواقف.

والثانى: الوالى؛ لأنه أخص بالنظر.

فلو جعل الواقف للولى عليه جعلا، وكان أكبر من أجرة مثله صح، وكان له ما سمى من أجل العلة والله أعلم[1].

إذا ثبت هذا: فوقف على أولاده أرضًا وهى فى أيديهم، فاختلفوا فيها:

فقال الذكور: جعلها للذكور مثل حظ الأنثيين، وقال الإناث: بل جعل الذكور فيها والإناث سواءً. أو قال أهل البطن الأول: هى على الترتيب، وقال أهل البطن الثانى: هى على التشريك بيننا وبينكم - فإن كان هناك بينةٌ. عمل بها، وإن لم تكن هناك بينةٌ، فإن كان الواقف حيًّا، رجع إليه فى بيانه؛ لأنه ثبت بقوله، فرجع إليه. وإن كان ميتًا حلفوا، وجعلت بينهم بالسوية؛ لأنه لا مزية لقول بعضهم على بعضٍ، فتحالفوا، كما لو اختلف اثنان فى ملك دارٍ.

فرع: إذا كان هناك أرضٌ بعضها وقفٌ وبعضها طلقٌ، فأراد أهل الطلق أن يقاسموا أهل الوقف، والأرض مما يحتمل القسمة، فإن قلنا: إن القسمة بيعٌ، لم تصح القسمة؛ لأن الوقف لا يصح بيعه، وإن قلنا: إنها فرز النصيبين، ولم يكن فيها رد، صحت القسمة، وإن كان فيها رد، نظرت:

فإن كان صاحب الطلق يرد على أهل الوقف، لم يصح؛ لأنه يعطى عوضًا عن

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٣).

شيء يأخذه من الوقف، وذلك لا يجوز.

وإن كان أهل الوقف يردون على صاحب الطلق، صح؛ لأنهم يميزون الوقف، ويبذلون العوض عن شيء يملكونه من حق الشريك، وذلك جائز.

وأما قسمة الوقف بين أربابه: فقال سليم وابن الصباغ: لا يصح قولًا واحدًا؛ لأننا وإن قلنا إن القسمة فرز النصيبين، إلا أنه يتعلق بها حق البطن الثانى، فلا يجوز لأهل البطن الأعلى التصرف بحقوقه، ولأن ذلك تغيير للوقف، ولا يجوز تغييره.

* * *

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب الهبات

الهبة مندوب إليها؛ لما روت عائشة - رضى الله عنها - أن النبى ﷺ قال: «تهادوا تحابوا» وللأقارب أفضل؛ لما روى عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: «الراحمون يرحمهم الله ارحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء، الرحم شجنة من الرحمن فمن وصلها وصله الله ومن قطعها قطعه الله» وفى الهبة صلة الرحم.

والمستحب ألا يفضل بعض أولاده على بعضٍ فى الهبة؛ لما روى النعمان بن بشيرٍ قال: أعطانى أبى عطيةً؛ فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إنى أعطيت ابنى عطيةً، وإن أمه قالت: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك؟ قال: لا، قال رسول الله ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، أليس يسرك أن يكونوا فى البر سواءً؟» قال: بلى قال: «فلا إذن».

قال الشافعى - رحمه الله -: ولأنه يقع فى نفس المفضول ما يمنعه من بره، ولأن الأقارب ينفس بعضهم بعضًا ما لا ينفس العدى.

فإن فضل بعضهم بعطيةٍ - صحت العطية؛ لما روى فى حديث النعمان أن النبى ﷺ قال: «أشهد على هذا غيرى» فلو لم يصح لبين له، ولم يأمره أن يشهد عليه غيره. ولا يستنكف أن يهب القليل، ولا أن يتهب القليل، لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لو دعيت إلى كراعٍ لأجبت، ولو أهدى إلى كراع أو ذراع لقبلت».

(الشرح) حديث عائشة أخرجه الطبرانى فى الأوسط[١]، والدولابى فى الكنى[٢]، وأبو الشيخ فى الأمثال[٣] والقضاعى فى مسند الشهاب[٤]، كلهم من طريق المثنى أبى حاتم العطار عن عبيد الله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن أبى

---

(١) (٧٢٤٠).
(٢) (١/١٤٣).
(٣) (١٢٥).
(٤) (٦٥٣).

بكر عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا، وهاجروا تورثوا أبناءكم مجدًا، وأقيلوا الكرام عثراتهم».

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد[١] وقال: وفيه المثنى أبو حاتم، ولم أجد من ترجمه، وبقية رجاله ثقات، وفى بعضهم كلام.

ومن هذا الوجه ذكره السخاوى فى المقاصد الحسنة[٢] وعزاه للطبرانى فى الأوسط والحربى فى الهدايا والعسكرى فى الأمثال. اهـ.

وللحديث شواهد من حديث أبى هريرة وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعطاء مرسلا:

حديث أبى هريرة: أخرجه البخارى فى الأدب المفرد[٣]، والدولابى فى الكنى[٤]، وأبو يعلى[٥]، والبيهقى[٦]، والقضاعى فى مسند الشهاب[٧]: كلهم من طريق ضمام عن موسى بن وردان عن أبى هريرة مرفوعًا.

قال الحافظ فى التلخيص[٨] : رواه البخارى فى الأدب المفرد والبيهقى وأورده ابن طاهر فى مسند الشهاب من طريق محمد بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن موسى بن وردان عن أبى هريرة، وإسناده حسن.

حديث عبد الله بن عمرو: أخرجه الحاكم فى علوم الحديث[٩] من طريق ضمام ابن إسماعيل عن أبى قبيل المعافرى عن عبد الله بن عمرو أن النبى ﷺ قال: «تهادوا تحابوا».

وحديث عبد الله بن عمر: أخرجه أبو القاسم الأصبهانى فى الترغيب والترهيب كما فى نصب الراية[١٠] من طريق إسماعيل بن إسحاق الراشدى: ثنا محمد بن داود

---

(١) (٤/١٤٩).
(٢) ص (١٦٥).
(٣) (٥٩٤).
(٤) (١/١٥٠)، (٢/٧).
(٥) (١١/٩) رقم (٦١٤٨).
(٦) (٦/١٦٩) كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة والهدية.
(٧) (٦٥٧).
(٨) (٣/٦٩ - ٧٠).
(٩) ص (٨٠).
(١٠) (٤/١٢١).

ابن عبد الجبار عن أبيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا...».

مرسل عطاء: أخرجه مالك فى الموطأ[١] عن عطاء قال: قال رسول الله ﷺ: «تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء».

وأما حديث ابن عمر فأخرجه أبو داود[٢]، والترمذى[٣]، وأحمد[٤]، والبخارى فى التاريخ الكبير[٥]، وابن أبى شيبة[٦]، والحميدى[٧]، والحاكم[٨]، والبيهقى فى السنن الكبرى[٩]، وفى الأسماء والصفات[١٠]، والخطيب فى تاريخ بغداد[١١]، والمزى فى تهذيب الكمال[١٢]، كلهم من طريق أبى قابوس عن عبد الله بن عمر مرفوعًا، وقال الترمذى: حسن صحيح.

وتعقبه السخاوى فى المقاصد[١٣] فقال: وكأن ذلك باعتبار ما له من المتابعات والشواهد؛ وإلا فأبو قابوس لم يرو عنه سوى ابن دينار، ولم يوثقه سوى ابن حبان على قاعدته فى توثيق من لم يجرح. اهـ.

قلت: بل ذكره البخارى فى الضعفاء الكبير كما ذكره ابن حجر فى التهذيب[١٤].

وقال الذهبى فى الميزان[١٥]: لا يعرف.

---

(١) (٢/٩٠٨) كتاب حسن الخلق، باب: ما جاء فى المهاجرة حديث (١٦).
(٢) (٢/٧٠٣) كتاب: الأدب، باب: فى الرحمة حديث (٤٩٤١).
(٣) (٤/٢٨٥) كتاب: البر والصلة، باب: ما جاء فى رحمة المسلمين حديث (١٩٢٤).
(٤) (٢/١٦٠).
(٥) (٩/ت ٥٧٤).
(٦) (٨/٣٣٨).
(٧) (٢/٢٦٩) رقم (٥٩١، ٥٩٢).
(٨) (٤/١٥٩).
(٩) (٩/٤١).
(١٠) (٤٢٣).
(١١) (٣/٢٦٠).
(١٢) (٣٤/١٩٢).
(١٣) ص (٤٨).
(١٤) (١٢/٢٠٣).
(١٥) (١٠٥٢٢).

وأما حديث النعمان بن بشير فأخرجه مالك[١]، والبخارى[٢]، ومسلم[٣]، والنسائى[٤]، والترمذى[٥]، وابن ماجه[٦]، وأحمد[٧]، والشافعى[٨]، والحميدى[٩]، وابن الجارود فى المنتقى[١٠]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[١١]، والدارقطنى[١٢]، والبيهقى[١٣]، والبغوى فى شرح السنة[١٤]، كلهم من طريق الزهرى عن محمد بن النعمان وحميد بن بشير عن النعمان، به.

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وللحديث طرق أخرى عن النعمان بن بشير:

الطريق الأول:

أخرجه البخارى[١٥]، وفى الأدب المفرد[١٦]، ومسلم[١٧]، وأبو داود[١٨]،

---

(١) (٢/ ٧٥١) كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من النحل، حديث (٣٩) .
(٢) (٥/ ٢١١) كتاب: الهبة، باب: الهبة للولد، حديث (٢٥٨٦) .
(٣) (٣/ ١٢٤١) كتاب: الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة، حديث (٩/ ١٦٢٣) .
(٤) (٦/ ٢٥٨ - ٢٥٩) كتاب: النحل، باب: اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير فى النحل.
(٥) (٣/ ٦٤٩) كتاب: الأحكام، باب: فى النحل والتسوية بين الولد، حديث (١٣٦٧) .
(٦) (٢/ ٧٩٥) كتاب: الهبات، باب: الرجل ينحل ولده، حديث (٢٣٧٦) .
(٧) (٤/ ٢٦٨) .
(٨) (٢/ ١٦٧) كتاب: الهبة والعمرى، حديث (٥٨٣) .
(٩) (٢/ ٤١١) رقم (٩٢٢) .
(١٠) رقم (٩٩١) .
(١١) (٤/ ٨٤) .
(١٢) (٣/ ٤٢) كتاب: البيوع، حديث (١٧٤) .
(١٣) (٦/ ١٧٦) كتاب: الهبات، باب: السنة فى التسوية بين الأولاد فى العطية .
(١٤) (٤/ ٤٢٥) .
(١٥) (٥/ ٢١١) كتاب: الهبة، باب: الإشهاد فى الهبة، حديث (٢٥٨٧) .
(١٦) باب أدب الوالد وبره لولده، حديث (٩٣) .
(١٧) (٣/ ١٢٤٣) كتاب: الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة، حديث (١٣ - ١٨/ ١٦٢٣) .
(١٨) (٣/ ٨١١) كتاب: البيوع والإجارات، باب: الرجل يفضل بعض ولده فى النحل، حديث (٣٥٤٢) .

والنسائى[١]، وابن ماجه[٢]، وأحمد[٣]، والطيالسى[٤]، والحميدى[٥]، وابن حبان[٦]، وابن الجارود[٧]، والدارقطنى[٨]، والبيهقى[٩]، والخطيب فى تاريخ بغداد[١٠]، كلهم من طريق الشعبى عن النعمان قال: أعطانى أبى عطيةً فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فأتى رسول الله ﷺ فقال: إنى أعطيت ابنى من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتنى أن أشهدك يا رسول الله. قال: «أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟» قال: لا. قال: «فاتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم» قال: فرجع فرد عطيته. وهذا لفظ البخارى.

الطريق الثانى:

أخرجه مسلم[١١]، وأبو داود[١٢]، والنسائى[١٣]، وأحمد[١٤] من طريق عروة بن الزبير عن النعمان.

الطريق الثالث:

أخرجه النسائى[١٥]، وأحمد[١٦]، وابن حبان[١٧]، والطحاوى فى شرح معانى

(١) (٦/ ٢٥٩ - ٢٦٠) كتاب: النحل، باب: اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير فى النحل.
(٢) (٢/ ٧٩٥) كتاب: الهبات، باب: الرجل ينحل ولده، حديث (٢٣٧٥).
(٣) (٤/ ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠).
(٤) (١/ ٢٨٠ - منحة) رقم (١٤١٨).
(٥) (٢/ ٤١٠) رقم (٩١٩).
(٦) (٥٠٨٠، ٥٠٨١، ٥٠٨٢ - الإحسان).
(٧) (٩٩٢).
(٨) (٣/ ٤٢).
(٩) (٦/ ١٧٦) كتاب: الهبات، باب: السنة فى التسوية بين الأولاد فى العطية.
(١٠) (١٢/ ٢٨).
(١١) (٣/ ١٢٤٣) كتاب: الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة، حديث (١٢/ ١٦٢٣).
(١٢) (٣/ ٨١١) كتاب: البيوع، باب: الرجل يفضل بعض ولده فى النحل، حديث (٣٥٤٢).
(١٣) (٦/ ٢٥٩) كتاب: النحل، باب: ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير فى النحل.
(١٤) (٤/ ٢٦٨).
(١٥) (٦/ ٢٦١ - ٢٦٢) كتاب: النحل، باب: ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير فى النحل.
(١٦) (٤/ ٢٦٨).
(١٧) (٥٠٧٦، ٥٠٧٧ - الإحسان).

الآثار[١] من طريق مسلم بن صبيح عن النعمان قال: ذهب بى أبى إلى النبى ﷺ يشهده على شيء أعطانيه فقال: «ألك ولد غيره؟» قال: نعم، وصف بيده بكفه أجمع كذا «ألا سويت بينهم».

وللحديث شاهد من حديث جابر:

أخرجه مسلم[٢]، وأحمد[٣]، وأبو داود[٤]، وابن حبان[٥]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[٦]، والبيهقى[٧]، كلهم من طريق زهير عن أبى الزبير عن جابر قال: قالت امرأة بشير: انحل ابنى غلامك وأشهد لى رسول الله ﷺ، فأتى رسول الله ﷺ فقال: إن ابنة فلان سألتنى أن أنحل ابنها غلامى، وقالت لى: أشهد رسول الله ﷺ، فقال: «له إخوة؟»، فقال: نعم، قال: «أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيته؟»، قال: لا، قال: «فليس يصلح هذا، وإنى لا أشهد إلا على الحق».

وأما حديث أبى هريرة فأخرجه البخارى[٨]، وابن حبان[٩]، والبيهقى[١٠]، والخطيب فى تاريخ بغداد[١١]، والبغوى فى شرح السنة[١٢] من حديث أبى هريرة.

وفى الباب عن أنس وابن عباس:

فحديث أنس: أخرجه أحمد[١٣]، والترمذى فى السنن[١٤]، والشمائل[١٥]،

---

(١) (٨٦/٤) .
(٢) (١٢٤٤/٣) كتاب: الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة، حديث (١٩/ ١٦٢٤) .
(٣) (٣٢٦/٣) .
(٤) (٨١٢/٣) كتاب: البيوع، باب: فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل، حديث (٣٥٤٥) .
(٥) (٥٠٧٩ - الإحسان) .
(٦) (٨٧/٤) .
(٧) (١٧٧/٦) كتاب: الهبات، باب: السنة فى التسوية بين الأولاد فى العطية .
(٨) (١٥٤/٩) كتاب: النكاح، باب: من أجاب إلى كراع حديث (٥١٧٨) .
(٩) (٣٤٩/٧) رقم (٥٢٦٧) .
(١٠) (١٦٩/٦) كتاب: الهبات، باب: التحريض على الهبة .
(١١) (١٤/١٢) .
(١٢) (٣٨٢/٣) .
(١٣) (٢٠٩/٣) .
(١٤) (٦٢٣/٣) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء فى قبول الهدية حديث (١٣٣٨) .
(١٥) (٣٣٨) .

وابن حبان[١]، وأبو الشيخ فى أخلاق النبى ﷺ[٢]، والبيهقى[٣]، والبغوى فى شرح السنة[٤] من طريق قتادة عن أنس مرفوعًا.

وقال الترمذى: حسن صحيح. وصححه ابن حبان.

وللحديث طريق آخر عن أنس بلفظ: «يا معشر الأنصار، تهادوا؛ فإن الهدية تحل السخيمة وتورث المودة، فوالله، لو أهدى إلى كراع لقبلت ولو دعيت إلى ذراع لأجبت».

قال الهيثمى فى المجمع[٥]: رواه الطبرانى فى الأوسط والبزار بنحوه وفيه عائذ ابن شريح وهو ضعيف.

وأما حديث ابن عباس:

فأخرجه الطبرانى فى الكبير[٦] من طريق عبد الله بن المؤمل عن ابن أبى مليكة عن ابن عباس مرفوعًا: «لو دعيت إلى كراع لأجبت».

قال الهيثمى فى المجمع[٧]: رواه الطبرانى فى الأوسط، وفيه عبد الله بن المؤمل: وثقه ابن سعد وابن حبان، وقال: يخطئ. وضعفه جماعة.

أما قوله: «وإن أمه قالت...» فهى أم النعمان بن بشير - رضى الله عنه - اسمها: عروة بنت رواحة وهى أخت عبد الله بن رواحة[٨].

قوله: (الهبة): أما فى اللغة: فمأخوذة من: وهب، يقال: وهب يهبُ وَهَبًا ووَهْبًا وهبةً، والاسم: الموهب، والموهبة، ولا يقال: وهبكه، هذا قول سيبويه، وحكى السيرافى، عن أبى عمرو: أنه سمع أعرابيًّا يقول لآخر: انطلق معك أهبك نبلًا.

ووهبت له هبة وموهبة ووهَبًا ووهْبًا: إذا أعطيته، ووهب الله له الشىء، فهو يهب هبة، وتواهب الناس بينهم، أى: يهب بعضهم بعضًا، وفى حديث الأحنف:

---

(١) (١٠٦٥ - موارد).
(٢) ص (٢٣٤).
(٣) (٦/١٦٩).
(٤) (٧/٣٦).
(٥) (٤/١٤٩).
(٦) (١١/١٢٠) رقم (١١٢٣٦).
(٧) (٣/٥٦).
(٨) ينظر: تهذيب الأسماء واللغات (٢/٣٦٨) (٧٩٣).

ولا التواهب فيما بينهم ضعة[١]

وهى فى الأصل مصدر محذوف الأول عوضه عنه هاء التأنيث، فأصلها: وهب بتسكين الهاء وتحريكها.

ومعنى ما تقدم: أنها تطلق فى اللغة على التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقًا، سواء أكان مالًا أم غيره: قال الإمام النووى: الهبة، والهدية، وصدقة التطوع: أنواع من البر متقاربة، يجمعها تمليك عين بلا عوض؛ فإن تمحض فيها طلب التقرب إلى الله - تعالى - بإعطاء محتاج، فهى صدقة، وإن حملت إلى مكان المهدى إليه؛ إعظامًا له، وإكرامًا وتوددًا - فهى هدية، وإلا فهبة.

وعن الجوهرى: أن الهبة فى مرض الموت تسمى عطية[٢].

واتهبه: قبله، والاتهاب: قبول الهدية.

والاستيهاب: سؤالها، ومنه قول النبى ﷺ: «لقد هممت ألا أتهب إلا من قرشى أو أنصارى أو ثقفى»[٣].

وقد ذكرت الهبة فى مواضع من التنزيل: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُۥٓ إِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ نَافِلَةً﴾ [الأنبياء: ٧٢]، ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [إبراهيم: ٣٩]، ﴿فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥] ﴿هَبْ لِى مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً﴾ [آل عمران: ٣٨]، ﴿وَوَهَبْنَا لَهُۥ يَحْيَىٰ﴾ [الأنبياء: ٩٠] ﴿لِأَهَبَ لَكِ غُلَٰمًا زَكِيًّا﴾ [مريم: ١٩]، ﴿هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَٰجِنَا وَذُرِّيَّٰتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ﴾ [الفرقان: ٧٤]، ﴿وَوَهَبْنَا لِدَاوُۥدَ سُلَيْمَٰنَ﴾ [ص: ٣٠] ﴿وَهَبْ لِى مُلْكًا لَّا يَنۢبَغِى لِأَحَدٍ مِّنۢ بَعْدِىٓ﴾ [ص: ٣٥].

وأما الهبة فى اصطلاح الفقهاء:

فعند الشافعية هى: تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوعًا[٤].

قولهم: (تمليك) جنس فى التعريف يشمل كل تمليك، وهو قيد خرج به ما ليس

---

(١) البيت فى اللسان (وهب)، النهاية (٥/ ٢٣١) (وهب)، تاج العروس (٤/ ٣٦٥) (وهب)

(٢) ينظر: الصحاح (وهب)، لسان العرب (وهب)، المطلع ص (٢٩١)، النهاية لابن الأثير (٥/ ٢٣١)، تاج العروس (٤/ ٣٦٤، ٣٦٥) وبصائر ذوى التمييز (٤/ ٢٨٦) .

(٣) يأتى تخريجه.

(٤) ينظر: مغنى المحتاج (٢/ ٣٩٦)، الإقناع (٢/ ٨٥)، المهذب (١/ ٤٥٤)، روضة الطالبين (٥/ ٣٦٤) .

بتمليك أصلًا: كالأرض للرعى، والماء للشرب؛ فإن ذلك مباح، وخرج به نقل اليد عن اختصاص فيصح، ولا يسمى هبة: العارية والضيافة؛ لأن الملك يترتب عليها بالوضع فى الفم، أو بالازدراد على الأصح، ومثلها الوقف؛ لأنه لا تمليك فيه، وشمل التمليك ما يهدى لغنى عن نحو أضحية، أو هدى؛ فإنه تمليك وإن امتنع عليه التصرف فيه بنحو بيع[1].

قولهم: (عين) من إضافة المصدر لمفعوله؛ وهو قيد فى التصرف خرج به تمليك المنافع: كالإجارة، والإعارة، وأيضًا: تمليك الدين لمن هو عليه.

قولهم: (بلا عوض) قيد خرج به كل تمليك بعوض، كالبيع وغيره؛ فهذا التمليك لا يوجد المكافأة بعوض، كهبة النظير للنظير.

قولهم (حال الحياة) قيد خرج بالتمليك المضاف إلى ما بعد الموت، كالوصية؛ فإنه تمليك عين لا فى حال الحياة.

قولهم: (تطوعًا) قيد خرج به الوجبات، كالزكاة والكفارات؛ فإنها واجبة، وكذلك يخرج به النذر؛ فإنه يجب بعد أن يلتزمه الإنسان.

وعند الحنفية هى: تمليك العين بلا عوض[2].

قولهم: (تمليك) جنس فى التعريف، يشمل كل تمليك، سواء كان تمليكًا للذات، أم للمنفعة، وسواء كان بعوض، أو بغير عوض، وهو قيد يخرج الإباحة التى هى إذن المالك لغيره فى الانتفاع بماله أو تملكه لا على وجه التعاقد.

قولهم: (العين) قيد فى التعريف خرج به العين المطلقة: كالعين الباصرة، وعين الشمس، والجاسوس، وهى من إضافة المصدر لمفعوله.

وخرج بها كذلك تمليك المنافع: كالإجارة، والإعارة، والعُمْرَى والرُّقْبَى، كما خرج به - أيضًا - تمليك الدين لمن عليه، أو لغيره، والمراد بالعين هنا: عين المال بقرينة التمليك المضاف إليه؛ لأن العين التى ليست بمال لا تفيد الملك.

قولهم: (بلا عوض) قيد خرج به كل تمليك بعوض، كالبيع والسلم، وغير ذلك

---

(١) ينظر: قليوبى وعميرة (٣/ ١١٠)، الشرقاوى على التحرير (٢/ ١٠٨) .

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٩١)، البحر الرائق (٧/ ٢٨٤)، فتح القدير (٩/ ١٩)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٨) .

من عقود المعاوضات.

وعند المالكية:

هى تمليك من له التبرع ذاتًا، وتنتقل شرعًا بلا عوض لأهل، بصيغة أو ما يدل عليها[(١)].

قولهم: (تمليك) جنس فى التعريف يشمل كل تمليك.

قولهم: (من له التبرع) هو الحر البالغ العاقل الخالى من الحجر، والإضافة فى (تمليك) مِنْ إضافة المصدر إلى فاعله، وهو قيد خرج به من لا يصح تبرعه كالسكران والصبى والرقيق وغيرهم من عديمى الأهلية وناقصيها.

وكذا يخرج من أحاط الدين بماله، والمرتد، ومن له أن يتبرع بالذات الموهوبة فى غير هبة؛ كأن يقول: مَنْ له التبرع بالهبة وقفًا أو صدقة، فله أن يهب تلك الدار، وما لا فلا.

قولهم: (ذاتًا) قيد ثان خرج به تمليك المنافع، كالإجارة والإعارة، والوقف، والعمرى.

قولهم: (تنتقل شرعًا) خرج به ما لا يصح نقله شرعًا، كأم الولد فلا تصح هبتها لاشتمالها على شائبة الحرية، وهى الولد الحر الناتج عن وطء مالكها، وكذلك المكاتب لا تصح هبته ولا التصرف فيه؛ لأنه أحرز نفسه وماله بالكتابة.

قولهم: (بلا عوض) خرج تمليك الذات بعوض، كالبيع وسائر أنواع المعاوضات، وكذا يخرج به هبة الثواب؛ فالتعريف لغير هبة الثواب.

قولهم: (لأهل): أى مستحق يصح منه تمليك الذات؛ وهو قيد خرج به مَنْ ليس أهلًا لتمليك الذات؛ كالحربى، فلا تصح الهبة له مادام حربيًا؛ لأنه لا يجوز التودد معه.

قولهم: (بصيغة) متعلق بتمليك، سواء كانت الصيغة صريحة أم ضمنية.

قولهم: (أو ما يدل عليها): أى ما يدل على التمليك، وإن كان معطى لذات المعطى فقط، والتمليك لثواب الآخرة، ولو مع قصد ذات المعطى: صدقة عند

---

(١) ينظر: الخرشى (٥/ ١٠٣)، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٨٨ - ٩٠)، شرح منح الجليل (٤/ ٨٢)، بلغة السالك (٢/ ٢٧٤).

الأكثر، وعند الأقل: ما أعطى لهما هبة.

والمالكية: يذهبون إلى أن الواهب إن قصد بهبته ذات المعطى فهى هبة، وإن قصد بها ثواب الآخرة فهى صدقة؛ سواء قصد بها ثواب الآخرة فقط، أو ثواب الآخرة مع ذات المعطى، ومن هنا كان تفريقهم بين الصدقة والهبة.

وعند الحنابلة هى تمليكُ جائزِ التصرف مالًا معلومًا أو مجهولًا تعذر علمه، موجودا مقدورًا على تسليمه، غير واجب فى الحياة، بلا عوض فيما يعد هبة عرفًا، من لفظ: هبة، وتمليك ونحوهما[1].

قولهم: (تمليك) جنس فى التعريف يشمل كل تمليك.

قولهم: (جائز التصرف) من إضافة المصدر إلى فاعله، وهو قيد خرج به تمليك من منع تصرفه لمانع، كتمليك الصبى والسفيه والمجنون، ومن حجر عليه لحق غيره؛ كالمدين لحق الغرماء.

قولهم: (مالًا) قيد خرج به تمليك الشىء الحقير الذى لا مالية له معتبرة؛ كالتبن ونحوه.

قولهم: (معلومًا أو مجهولًا) صفة للمال لم يخرج بهما شىء.

قولهم: (تعذر علمه) كأن يختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فيهب أحدهما الآخر ماله؛ فإن هبته تصح فى إحدى الروايات، وفى رواية أخرى أن هبة المجهول لا تصح.

قولهم: (موجودًا) قيد خرج به ما إذا كان معدومًا أو موصوفًا فى الذمة؛ فإن ذلك لا تجوز هبته؛ لأنه معدوم.

قولهم: (مقدورًا على تسليمه) قيد خرج به المال الذى ليس مقدورًا على تسليمه، كالسمك فى الماء.

قولهم: (غير واجب) قيد خرج به كل ما وجب فى ذمته من نذر ونفقة، وما وهب لأبيه وزوجته.

قولهم: (فى الحياة) خرج به الوصية؛ فإن تمليكها بعد الممات.

قولهم: (بلا عوض) قيد يخرج التصرفات التى تقوم على المعاوضة، كالبيع

---

(١) ينظر: كشاف القناع (٤/٢٩٨)، المغنى لابن قدامة (٦/٢٥٥).

والكراء.

قولهم: (بما يعد هبة عرفًا) خرج به الألفاظ التى لا تنعقد بها الهبة.

قولهم: (من لفظ هبة وتمليك ونحوهما)، أى: من كل قول أو فعل دل عليهما؛ فهو بيان لما يعد هبة.

وقوله: (الرحم شجنة)[١] الرحم، أصله: رحم الأنثى، ثم نقل إلى القرابة؛ لأنهم سببها، يقال فيه: رَحِمَ وَرِحْمٌ، مثل كَبِدٍ وَكِبْدٍ قال الفيومى: الرحم: موضع تكوين الولد، ويخفف بسكون الحاء مع فتح الراء، ومع كسرها - أيضا - فى لغة بنى كلب، وفى لغة لهم تكسر الحاء؛ إتباعا لكسرة الراء، ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاء: رحما[٢].

و (شجنةٌ) قال أبو عبيد[٣]: يعنى: مشتبكة كاشتباك العروق، ومنه قولهم: (الحديث ذو شجون)[٤] إنما هو تمسك بعضه ببعض، وفيه لغتان: شِجنة وشُجنة.

قوله: (اعدلوا بين أولادكم) أى: سووا بينهم.

قوله: (ينفس بعضهم بعضًا ما لا ينفس العدى)[٥] ينفس: يحسد، يقال: نفست على بخير قليل أى: حسدت.

والعدى - بالكسر: الأجانب، وبالضم: الأعداء، وتكسر أيضًا[٦]، قال الشاعر:

إذا كانت فى قوم عدى لست منهم   فكل ما علفت من خبيث وطيب[٧]

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٩٢).

(٢) ينظر: المصباح المنير (رحم).

(٣) ينظر: غريب الحديث (١/ ٢٠٩).

(٤) ينظر: كتاب الأمثال (٦١)، وفصل المقال (٦٧)، وجمهرة الأمثال (١/ ١٥٥)، ومجمع الأمثال (١/ ٣٢٩)، والمستقصى (١/ ١٦٨).

(٥) ينظر: النظم (٢/ ٩٣).

(٦) ينظر: المشوف المعلم (١/ ٥٢٧)، الصحاح (عدو).

(٧) البيت لسعد بن عبد الرحمن بن حسان، كما فى الصحاح، وقال ابن برى: ينشد لزرارة بن سبيع الأسدى، وقيل: لنضلة بن خالد الأسدى. وقال ابن السيرافى: هو لدودان بن سعد الأسدى. ينظر: المشوف المعلم (١/ ٥٢٨)، وحاشية غريب الخطابى (٢/ ٩٥)، والصحاح (عدو)، وللحماسى فى أساس البلاغة (علف)، وبلا نسبة فى مجمع الأمثال (١/ ٥٦٠)، واللسان (عدا)، والتاج (عدا)، ومجمل اللغة (٣/ ٤٥٧)، وتهذيب اللغة (٣/ ١١٠).

وقوله: (لو دعيت إلى كراع لأجبت) الكراع في الغنم والبقر بمنزلة الوظيف في الفرس والبعير، وهو: مستدَقُّ الساق، يذكر ويونث، والجمع: أكرع.

وفي المثل: (أُعْطِيَ العبد كراعًا فطلب ذراعًا)[(١)].

والذراع: ذراع اليد، وهو أفضل من الكراع، وكان ﷺ يحب أكله، ولهذا سُم فيه.

الأحكام: الهبة مندوب إليها؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] والهبة بر لقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّـۧنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ﴾ [البقرة: ١٧٧] يعني الهبة والصدقة.

وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء: ٨٦] قيل: المراد منه: الهبة.

وروت عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا»[(٢)].

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لو أهدى إلى ذراع لقبلت، ولو دعيت إلى كراع لأجبت».

وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «إننا نقبل الهدية ونكافئ عليها»[(٣)].

وروى ﷺ: «تهادوا؛ فإن الهدية تذهب وحر الصدر، ولا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة»[(٤)].

---

(١) ينظر: كتاب الأمثال (٢٨١)، فصل المقال (٣٩٧)، جمهرة الأمثال (١/ ١٠٧).

(٢) تقدم.

(٣) ورد هذا من فعله وليس من قوله، وذلك فيما روته عائشة قالت: إن النبي ﷺ كان يقبل الهدية ويثيب عليها.
أخرجه البخاري (٥/ ٥٢٥) كتاب الهبة باب المكافأة في الهبة (٢٥٨٥) وأبو داود (٢/ ٣١٣) كتاب البيوع، باب في قبول الهدايا (٣٥٣٦)، والترمذي (٣/ ٥٠٤) أبواب البر والصلة، باب ما جاء في قبول الهدية والمكافأة عليها (١٩٥٣) وفي الشمائل له (٣٥٧)، وأحمد (٦/ ٩٠) وعبد بن حميد (١٥٠٣) والطبراني في الأوسط (٨٠٢٧) والبيهقي (٦/ ١٨٠)، والخطيب في تاريخه (٤/ ٢٢٣).

(٤) هو من حديث أبي هريرة:
أخرجه أحمد (٢/ ٤٠٥)، والترمذي ٤/ ٩ أبواب الولاء والهبة (٢١٣٠) وقال غريب.
وذكره الحافظ في التلخيص (٣/ ١٥٢) وقال: وفي إسناده أبو معشر المدني، تفرد به وهو =

وقد وردت أخبار كثيرة تدل على ذلك، مع أن الأمة مجمعة على ذلك[(١)].

إذا ثبت هذا: فإن الهبة للأقارب أفضل؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٧] فبدأ بهم، والعرب تبدأ بالأهم فالأهم.

وقال النبى ﷺ: «الرحم شُجْنَةٌ من الرحمن فمن وصلها وصله الله، ومن قطعها قطعه الله».

وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «يقول الله: أنا الله، وأنا الرحمن، وأنا خلقت الرحم، وشققت لها من اسمى، فمن وصلها وصلته، ومن قطعها بَتَتُّهُ»[(٢)] يعنى

= ضعيف. وقال الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ١٢١): قال ابن القطان فى كتابه: وأبو معشر هذا مختلف فيه: فمنهم من يضعفه، ومنهم من يوثقه؛ فالحديث من أجله حسن وفى الباب عن عائشة، وأنس، وابن عمر:

- حديث عائشة:

ذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٦٩-٧٠) بلفظ: «تهادوا؛ فإن الهدية تذهب الضغائن» وقال: هو من أحاديث الشهاب، ومداره على محمد بن عبد النور عن أبى يوسف الأعشى عن هشام عن أبيه عنها، والراوى له عن محمد: هو أحمد بن الحسن المقرى دبيس، قال الدارقطنى: ليس بثقة. وقال ابن طاهر: لا أصل له عن هشام.

- حديث أنس بن مالك:

أخرجه البيهقى فى الشعب (٦/ ٤٧٩)، (٨٩٧٧)، والطبرانى فى الأوسط (٢/ ١٤٦)، (١٥٢٦) من طريق عائذ بن شريح عنه بلفظ: «يا معشر الأنصار، تهادوا؛ فإن الهدية تَسُلُّ السخيمة وتورث المودة...» وهذه رواية الطبرانى، ورواية البيهقى: (يا معشر الملأ) بدلاً من (يا معشر الأنصار)، ونقل الحافظ فى التلخيص (٣/ ١٥٢) عن ابن طاهر تضعيفه له، وقال ابن طاهر: تفرد به عائذ، وقد رواه عنه جماعة، قال: ورواه كوثر بن حكيم عن مكحول عن النبى ﷺ مرسلاً، وكوثر متروك. وقال الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٤٩): رواه الطبرانى فى الأوسط والبزار بنحوه، وفيه عائذ بن شريح وهو ضعيف.

- حديث ابن عمر:

أخرجه ابن حبان فى المجروحين (٢/ ٢٨٨) فى ترجمة محمد بن أبى الزعيزعة قال عنه: كان ممن يروى المناكير عن المشاهير.

وذكره الحافظ فى تلخيص الحبير (٣/ ١٥٢) وقال: ورد بمحمد بن أبى الزعيزعة، وقال فيه البخارى: منكر الحديث، وروى أبو موسى المدينى فى الذيل فى ترجمة زعبل يرفعه: (تزاوروا تهادوا؛ فإن الزيارة تنبت الود، والهدية تذهب السخيمة) وهو مرسل، وليست لزعبل صحبة.

(١) ينظر الكفاية خ.

(٢) أخرجه الحميدى (٦٥)، وأحمد (١/ ١٩١، ١٩٤)، وعبد الرزاق (٢٠٢٢٩) و(٢٠٢٣٤)، والبخارى فى الأدب المفرد (٥٣)، وأبو داود (١/ ٥٣٠) كتاب الزكاة، باب فى صلة الرحم =

قطعته.

وقال ﷺ: «صدقتك على غير ذى رحمك صدقة، وصدقتك على ذى رحمك صدقة وصلة»(١).

وقال ﷺ: «أفضل الصدقة: على ذى الرحم الكاشح»(٢) يعنى: المعادى؛ لأن الصدقة تقطع العداوة وترفعها.

= (١٦٩٤) و (١٦٩٥)، والترمذى (٣/ ٤٧١) أبواب البر والصلة، باب ما جاء فى قطيعة الرحم (١٩٠٧) وابن حبان (٢٠٣٣ - موارد) وأبو يعلى (٨٤٠) و (٨٤١)، والبزار (٩٩٢)، (٩٩٣) والحاكم (٤/ ١٥٧) و (١٥٨) والدارقطنى فى العلل (٤/ ٢٩٥ - ٢٩٦)، والبيهقى (٧/ ٢٦) من طرق عن عبد الرحمن بن عوف.

وأخرجه أحمد (٢/ ٤٩٨) من حديث أبى هريرة

وفى الباب عن عائشة، وعامر بن ربيعة، وعبد الله بن عمر وغيرهم.

(١) تقدم.

(٢) فى الباب عن أبى أيوب الأنصارى، وحكيم بن حزام، وأم كلثوم، وأبى هريرة

- حديث أبى أيوب الأنصارى:

أخرجه أحمد (٥/ ٤١٦)، والطبرانى فى الكبير (٤/ ١٣٨ - ١٣٩)، (٣٩٢٣) وعزاه الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٤٠٦) إلى ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهويه وأبى يعلى الموصلى فى مسانيدهم، وقال:

ومن طريق ابن أبى شيبة رواه الطبرانى فى معجمه، قال الدارقطنى فى كتاب العلل: لم يروه عن الزهرى غير الحجاج بن أرطأة، ولا يثبت.

وذكره الهيثمى فى المجمع (٣/ ١١٩) وقال:

رواه أحمد والطبرانى فى الكبير وفيه الحجاج بن أرطاة، وفيه كلام.

- حديث حكيم بن حزام:

أخرجه أحمد (٣/ ٤٠٢) والطبرانى فى معجمه كما فى نصب الراية للزيلعى (٤/ ٤٠٦)، وذكره الهيثمى فى المجمع (٣/ ١١٩) وقال: رواه أحمد والطبرانى فى الكبير، وإسناده حسن.

- حديث أم كلثوم بنت عقبة:

أخرجه الحميدى (٣٢٨)، وابن خزيمة (٢٣٨٦) والحاكم فى المستدرك (١/ ٤٠٦) وصححه، والبيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ٢٧)، وفى المعرفة له، والطبرانى فى معجمه كما فى نصب الراية (٤/ ٢٠٦) وقال: قال ابن طاهر: سنده صحيح، وذكره الهيثمى فى المجمع (٣/ ١١٩) وقال: رواه الطبرانى فى الكبير ورجاله رجال الصحيح.

- حديث أبى هريرة:

أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام فى كتاب الأموال فى باب الصدقة كما فى نصب الراية (٤/ ٤٠٦) وقال: قال أبو عبيد: وقد رواه عقيل بن خالد عن ابن شهاب فلم يسنده، حدثنا بذلك عبد الله بن صالح عن الليث عن عقيل بن خالد عن الزهرى عن سعيد عن النبى ﷺ مثله. اهـ.

وقال ﷺ: «من سره أن ينسأ فى أجله، ويوسع فى رزقه، فليصل رحمه»[(١)].

وفى الهبة صلة للرحم.

فإذا أراد أن يهب أولاده، فالمستحب أن يعمهم، وأن يساوى بين الذكور والإناث. وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وأكثر أهل العلم.

وقال شريح: المستحب أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وبه قال أحمد وإسحاق.

دليلنا: ما روى عكرمة عن ابن عباس: أن النبى ﷺ قال: «سووا بين أولادكم فى العطية، فلو كنت مفضلًا أحدًا لفضلت البنات»[(٢)].

قال الماوردى: وهذا يمنع من حملهم على المواريث، وإن كان فيها ما يسوى فيه بين الذكور والإناث: كالإخوة من الأم، وكالأبوين مع الابن.

ولنا - أيضًا - ما روى مسلم بألفاظ مطولة: أن النعمان بن بشير قال: وهبنى أبى

---

(١) أخرجه البخارى (٥/ ٢١) كتاب البيوع، باب من أحب البسط فى الرزق (٢٠٦٧) ومسلم (٤/ ١٩٨٢) كتاب البر والصلة والآداب، باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها (٢٠/ ٢٥٥٧) وأبو داود (١/ ٥٢٩ - ٥٣٠) كتاب الزكاة، باب فى صلة الرحم (١٦٩٣) من طريق يونس ابن يزيد عن الزهرى عن أنس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من سره أن يبسط له رزقه أو ينسأ له فى أثره فليصل رحمه».

وأخرجه البخارى (١٢/ ٢٢) كتاب الأدب، باب من بسط له فى الرزق بصلة الرحم (٥٩٨٥)، ومسلم (٢١/ ٢٥٥٧)، والبيهقى فى سننه الكبرى (٧/ ٢٧) من طريق عُقيل ابن خالد عن الزهرى عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال: (من أحب. . .) بدلاً من (من سره. . .) .

(٢) أخرجه الطبرانى فى الكبير (١١/ ٣٥٤)، (١١٩٩٧)، وابن عدى فى الكامل (٣/ ٣٨١) بلفظ (النساء) بدل (البنات) فى ترجمة سعيد بن يوسف اليمامى وقال عنه بعد أن ساق له جملة من أحاديثه: ولسعيد غير ما ذكرت، وهو قليل الحديث، ولا أعلم يروى عنه غير إسماعيل بن عياش ورواياته ثابتات الأسانيد لا بأس بها، ولا أعرف له شيئا أنكر مما ذكرت من حديث عكرمة عن ابن عباس.

قلت: يشير إلى حديث الباب.

وذكره الحافظ فى المطالب العالية (١٤٣٣) وعزاه للحارث بن أبى أسامة فى مسنده، وفى تلخيص الحبير (٣/ ١٥٧) وقال: وفى إسناده سعيد بن يوسف وهو ضعيف.

وذكره أيضا الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٥٦) وقال:

وفيه عبد الله بن صالح كاتب الليث، قال عبد الملك بن شعيب: ثقة مأمون. ورفع من شأنه، وضعفه أحمد وغيره .

هبة، ثم أتى بى إلى النبى ﷺ فقال: يا رسول الله، إن أم هذا أعجبها أن أشهدك على الذى وهبت لابنها، فقال النبى ﷺ: «يا بشير، ألك ولد غير هذا؟» قال: نعم. قال: «كلهم وهبت له مثل هذا؟» قال: لا. قال: «(فلا تشهدنى إذًا؛ فلا تشهدنى على الجور».

وفى طريق آخر: «فكلهم أعطيت مثل ما أعطيته؟» قال: لا. قال: «فليس يصلح هذا، وإنى لا أشهد إلا على حق».

وفى طريق آخر: «أشهد على هذا غيرى». ثم قال: «أيسرك أن يكونوا فى البر سوا؟ء» قال: بلى. قال: «فلا إذًا».

وفى أخرى: «أفعلت هذا بولدك كلهم؟» قال: لا. قال: «اتق الله، وأعدلوا بين أولادكم» فرجع، أى: فرد تلك الصدقة.

وفى أخرى: أنه عليه السلام أمره بردها.

ولأنه يقع فى نفس المفضول ما يمنعه من بره(١).

قال الشافعى فى مختصر المزنى «ولأن الأقارب ينفس بعضهم بعضًا ما لا ينفس العدا».

يعنى: أن الأقارب يتنافسون ويتحاسدون أكثر من الأجانب، وربما أدى ذلك إلى قطع الرحم.

فإن وهب لبعض أولاده دون بعض، أو فاضل بينهم صح ذلك، ولم يأثم به غير أنه قد فعل مكروهًا، وخالف السنة. وبه قال مالك وأبو حنيفة.

وقال طاوس، وأحمد، وإسحاق: لا تصح الهبة.

وقال داود: تصح، ولكن يجب عليه أن يرجع فيها.

واستدل هؤلاء بقوله ﷺ لبشير: «كل ولدك نحلت مثله؟» قال: لا. قال: «فارجعه»، وروى أنه قال: «فأشهد غيرى» على التبرؤ من فعله، ودل قوله: «لا. هذا جور» على ذمه فعله.

قالوا: ولأن تفضيل بعضهم على بعض يؤدى إلى عقوق باقيهم وما نصب على العقوق فهو عقوق، والعقوق حرام(٢).

---

(١) ينظر الكفاية خ.
(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٤٤ - ٥٤٥).

ودليلنا: قوله ﷺ في حديث النعمان بن بشير: «فارجعه»، فلولا أن الهبة قد صحت، لما أمره بالرجعة.

وفي رواية: أن النعمان بن بشير قال: يا رسول الله، إن أمه قالت: لا أرضى حتى يشهد رسول الله ﷺ، فلما قال له ما قال من أنه لم ينحل جميع ولده مثله، قال له النبي ﷺ: «أشهد على هذا غيري»، فلو لم تصح الهبة، لما أمره بأن يشهد عليه غيره، وإنما امتنع من أن يشهد على ذلك؛ لئلا يصير ذلك سنة.

وروى: أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - نحل عائشة جداد عشرين وسقا من ماله دون سائر أولاده[١].

وروى أن عمر - رضي الله عنه - وهب ابنه عاصمًا دون عبدالله وعبيد الله وزيد[٢].

وكذلك روى عن عبد الرحمن بن عوف أنه خص ولد أم كلثوم[٣].

ولا مخالف لهم من الصحابة.

ولأنه لما جازت هبة بعض الأولاد للأب، جازت هبة الأب لبعض الأولاد.

ولا يستنكف أن يهب القليل، ولا أن يتهبه؛ لقوله ﷺ: «لو أهدى إلى ذراع لقبلت، ولو دعيت إلى كراع لأجبت».

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وما جاز بيعه من الأعيان، جاز هبته؛ لأنه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع.

وما جاز هبته جاز هبة جزءٍ منه مشاعٍ؛ لما روى عمير بن سلمة الضمري: أن رسول الله ﷺ خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فإذا حمار عقير، فقيل: يا رسول الله، هذا حمار عقير، فقال: «دعوه؛ فإنه سيطلبه صاحبه» فجاء رجل من فهرٍ، فقال: يا رسول الله، إني أصبت هذا، فشأنكم به؛ فأمر النبي ﷺ أبا بكرٍ بقسم لحمه بين الرفاق، ولأن القصد منه التمليك، والمشاع كالمقسوم في ذلك.

(فصل) وما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم

---

(١) يأتي تخريجه.
(٢) ذكره البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٧٨) ونقله عن الشافعي.
(٣) انظر السابق.

ملكه عليه؛ كالمبيع قبل القبض - لا تجوز هبته؛ لأنه عقد يقصد به تمليك المال فى حال الحياة، فلم يجز فيما ذكرناه؛ كالبيع.

(الشرح) حديث عمير بن سلمة الضمرى أخرجه أحمد[1]، والنسائى[2] من طريق محمد بن إبراهيم عن عيسى بن طلحة بن عبيد الله عن عمير بن سلمة الضمرى، به. وأخرجه مالك[3]، والنسائى[4] من طريق محمد بن إبراهيم عن عيسى بن طلحة بن عبيد الله عن عمير بن سلمة عن البهزى، فذكر نحوه.

أما عمير بن سلمة الضمرى[5]: فهو عمير بن سلمة الضمرى - بفتح الضاد وسكون الميم - قال: بينما نحن مع رسول الله ﷺ بالروحاء وهو محرم، إذا حمار معقور، فقال رسول الله ﷺ: «دعوه؛ فيوشك صاحبه أن يأتيه» قاله عبد الله بن صالح، قال ذلك البخارى فى التاريخ، له صحبة، معدود فى أهل المدينة.

وأما قوله: «فجاء رجل من فهر...» فهذا الرجل اسمه: زيد بن كعب، وقيل: عمرو بن الحكم[6].

قوله: (فإذا حمار عقير)[7] أى: معقور، «فعيل» بمعنى «مفعول».

وقوله: (فشأنكم به) أى: اعملوا فيه برأيكم وأمركم، والشأن: الأمر.

وقوله: (الرفاق) جمع رفقة، وهم الجماعات يصطحبون فى السفر.

الأحكام: كل ما جاز بيعه من الأعيان، جازت هبته، قال الماوردى: وذلك ما اجتمعت عليه أربعة أوصاف:

أن يكون مملوكًا، وإن كان غير مملوك من وقف أو طلق لم يجز.

وأن يكون معلومًا، فإن كان مجهولًا لم يجز.

وأن يكون حاضرًا، فإن كان غائبًا لم يجز.

---

(١) (٣/ ٤١٨).
(٢) (٧/ ٢٠٥).
(٣) (١/ ٣٥١) كتاب: الحج، باب: ما يجوز للمحرم أكله من الصيد حديث (٧٩).
(٤) (٥/ ١٨٢) كتاب: الحج، باب: ما يجوز للمحرم أكله من الصيد.
(٥) ينظر: الاستيعاب (١٢١٧)، والثقات (٣/ ٣٠١)، وطبقات ابن خياط (٣١)، الكاشف (٢/ ٣٠٣)، وتهذيب التهذيب (٨/ ١٣٠).
(٦) ينظر: تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٣٠٥) (٦١١).
(٧) ينظر: النظم (٢/ ٩٣).

وألا يمنع من نقل ملكه مانع، فإن منع منه مانع: كالمرهون وأم الولد، لم يجز فهذا حكم الموهوب[١].

وقال ابن الرفعة - بعد أن ذكر أن كل ما جاز بيعه من الأعيان جازت هبته، وما لا فلا -:

وهذا على الصحيح، وقد يأتى فى بعض المسائل جواز هبة ما لا يصح بيعه على وجه:

فمنها: الآبق: هبته صحيحة عن ابن سريج؛ كما دلَّ عليه كلام الماوردى؛ حيث قال عند الكلام فى كيفية القبض للابن، من كتاب البيع، حكاية عن محمد بن الحسن أنه قال أثناء كلامه: ألا ترى أنه لو وهب لابنه الصغير عبدًا آبقًا جاز، ولو باعه لم يجز! وإن ابن سريج قال: إنما جازت هذه الهبة، ولم يجز البيع؛ لأن الإباق عذر يجوز فى الهبة، ولا يجوز فى البيع.

ومنها: المرهون تصح هبته على وجه، وفائدة صحتها: أنه إذا انفك الرهن - يجبر الواهب على الإقباض، ولا يحتاج إلى تجديد عقد، وخالفت الهبة على هذا البيع؛ لأنها لا تفيد الملك فى الحال، بل يشترط فيها التسليم، وهى ليست بموجبة للتسليم، بخلاف البيع.

وهذا الوجه يجرى فى هبة المغصوب الذى لا يقدر على انتزاعه.

ومنها: هبة الأرض المزروعة دون الزرع، تصح على وجه، لكنه جزم به الأكثرون، والوجه الآخر محكى فى زوائد العمرانى.

ومنها: هبة الكلب المنتفع به، تصح على وجه، وهو جار فى جلد الميتة، وفى الدباغ، وفى الخمور المحترمة.

قال الإمام: وحق من جوّز الهبة فيها أن يجوزها فى المجاهيل وفى الآبق؛ كالوصية.

ومنها: هبة الدين المستقرض من غير من هو عليه، لا يصح على وجه وإن جاز بيعه، وبه جزم الماوردى، لكن نص الشافعى - رضى الله عنه - على الجواز، واختاره فى «المرشد» وهبته ممن هو عليه جائزة قطعًا وتبرأ بها الذمة.

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٤).

ومنها: هبة المنافع، قال فى الجرجانيات: فيها وجهان؛ بناء على أن ذلك إعارة أم لا، وبيعها صحيح.

وقد احترزنا بقولنا: «ما جاز بيعه من الأعيان جازت هبته، وما لا فلا» عن بيع الأوصاف سلمًا فى الذمة، فإنه جائز، ولا تجوز الهبة على نحوه، مثل أن يقول: وهبتك ألفًا فى ذمتى، ثم يعينه فى المجلس، ويقبضه؛ كما صرح به الإمام فى كتاب (الصلح)، والقاضى الحسين، وقد ذكرنا فى باب القرض عن (المهذب) أنه إن قال: «أقرضتك عشرة دراهم، ووصفها، ثم أقبضها فى المجلس - صح. وأنه لو عينها بعد مفارقة المجلس، جاز وإن طال لم يجز حتى يعيد لفظ القرض» وكان يتجه أن يجىء مثله هاهنا، وإن فرق بأن فى القرض شائبة المعاوضة.

قلت: فليخرج على الخلاف المذكور فى نظير المسألة فى القرض. انتهى كلام ابن الرفعة[١].

فرع: قال العمرانى: كل عين صحت هبتها، صحت هبة جزء منها مشاع. وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: إن كانت مما لا ينقسم: كالعبد، والدابة، والثوب، وما أشبهها - صحت هبة جزء منها مشاع. وإن كانت مما ينقسم: كالدار، والأرض، والطعام - لم تصح هبة جزء منها مشاع من الشريك ولا غيره.

وقال: وإن كان بين رجلين دار، فوهباها لرجل بينهما - صحت الهبة. وإن وهب الرجل داره لرجلين، لم يصح.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصح هاهنا، وإجارة المشاع عند أبى حنيفة لا تصح من الشريك ولا من غيره، ورهن المشاع عنده لا يصح بحال.

دليلنا: ما روى أبو قتادة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء، فوجدنا حمار وحش معقورًا، فأردنا أخذه، فقال النبى ﷺ: «دعوه، فإنه يوشك أن يجىء صاحبه» فجاء رجل من فهر - وكان هو الذى عقره - فقال: هو لكم يا رسول الله، فقال النبى ﷺ لأبى بكر: «اقسمه بين الناس».

فوجه الدليل من الخبر: أن الرجل وهب النبى ﷺ وأصحابه الحمار مشاعًا؛ فدل

---

(١) ينظر الكفاية خ .

على جواز هبة المشاع.

ولأنه مشاع يصح بيعه، فصحت هبته، كالذى لا ينقسم.

فرع: وإن وهب رجل لرجلين شيئًا، فقبل أحدهما دون الآخر، صحت الهبة فى نصفه للذى قبل؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين.

فصل: قال صاحب البيان:

وما لا يصح بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه - لا تصح هبته؛ لأنه عقد تمليك فى حال الحياة؛ فلم يصح فيما ذكرناه، كالبيع.

فإن وهبه عينًا مجهولة، لم تصح الهبة.

وقال مالك: تصح الهبة.

دليلنا: أنه تمليك لا يتعلق بخطر؛ فلم يصح فى المجهول، كالبيع.

قولنا: (بخطر) احتراز من الوصية.

وإن وهب المغصوب منه العين المغصوبة منه للغاصب، صحت الهبة. وهل تفتقر إلى الإذن بالقبض؟

على وجهين. مضى ذكرهما فى الرهن.

وإن وهبها لغير الغاصب ممن يقدر على انتزاعها من الغاصب، صحت الهبة، فإذا أذن له فى القبض، فقبضه، لزمت الهبة.

وإن وكل الغاصب فى القبض له، فمضى زمان يمكن فيه القبض، صارت مقبوضة للموهوب له، وزال الضمان عن الغاصب؛ لأن الملك الذى صار مضمونًا زال، وصار مقبوضًا لمالك آخر بإذنه، بخلاف ما إذا وهبه الغاصب وأذن له فى قبضه؛ فإن الضمان لا يزول عنه؛ لأن الملك باق لم يزل.

وإن وهب المعير العين المستعارة منه للمستعير، صحت الهبة. فإن أذن له فى القبض، ومضى زمان الإمكان - صار مقبوضًا عن الهبة.

وإن وهبها لغير المستعير، صحت الهبة، فإن وكله فى القبض، ومضى زمان الإمكان - صارت مقبوضة للموهوب له، وبطلت العارية؛ لزوال ملك المعير.

فرع: وإن وهب المؤاجر العين المستأجرة لغير المستأجر - ففيه وجهان؛ بناء على القولين فى جواز بيعها:

فإن قلنا: تصح هبتها، فهل تصح هبة العين المرهونة بغير إذن المرتهن؟

فيه وجهان، حكاهما المسعودى.

أحدهما - تصح، كما تصح هبة المستأجر، ولا يبطل الرهن، بل إذا انفك الرهن، سلم فى الهبة، كما تسلم العين المستأجرة بعد انقضاء الإجارة.

والثانى - لا تصح الهبة؛ لأن الهبة تصرف بإزالة الملك، والراهن ممنوع من التصرف بما يزيل الملك، كما لا يجوز له بيع الرهن.

وهل تصح هبة الأرض المزروعة دون زرعها؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى فى (العدة). انتهى كلام صاحب (البيان).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يجوز تعليقها على شرطٍ مستقبلٍ؛ لأنه عقد يبطل بالجهالة، فلم يجز تعليقه على شرطٍ مستقبلٍ؛ كالبيع.

(فصل) ولا تصح إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنه تمليك آدمى لآدمى؛ فافتقر إلى الإيجاب والقبول؛ كالبيع والنكاح.

ولا يصح القبول إلا على الفور؛ وقال أبو العباس: يصح على التراخى.

والصحيح هو الأول؛ لأنه تمليك مالٍ فى حال الحياة، فكان القبول فيه على الفور؛ كالبيع.

(الشرح) الأحكام: لا يجوز تعليق الهبة على شرط مستقبل، أى: مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك، ولا على شرط ينافى مقتضاه، أى: مثل أن يقول: وهبتك سنة، أو بشرط ألَّا أقبضك أو أقبضك ولا تنتفع به؛ لأنه عقد يبطل بالجهالة؛ فبطل بذلك كالبيع.

وقيل: تصح الهبة إذا اقترن بها شرط فاسد، ويلغو الشرط.

وقيل: يختص إلغاء الشرط بما إذا كان من قبيل التأقيت، كما إذا قال: وهبتك سنة، وهو مخرج مما سنذكره فى العمرى.

وحكى فى (الزوائد) عن صاحب (العدة): أنَّا إذا لم نبطل الهبة بالشرط الفاسد، فوهب له حاملًا، واستثنى حملها - بقى الحملُ للواهب[1].

فصل: الهبة والهدية وصدقة التطوع حكمها واحد، وكل لفظ من هذه الألفاظ

(١) ينظر الكفاية خ.

يقوم مقام الآخر، ولا يصح شيء من هذا كله إلا بالإيجاب والقبول، ويكون القبول فيه عقيب الإيجاب، كما قلنا في البيع.

والأصح ألا يصح شيء من الهبات - سواء كانت هبة أو هدية أو صدقة تطوع - إلا بالإيجاب والقبول ويكون القبول عقيب الإيجاب؛ لأنه تمليك فى حال الحياة، فكان القبول فيه على الفور، كالبيع؛ قال صاحب (البيان): هذا نقل البغداديين من أصحابنا، وبه قال مالك وأبو حنيفة.

وقال ابن الرفعة: هذه طريقة الشيخ أبى حامد كما صرح به المحاملى فى (المجموع)، وكذا القاضى أبو الطيب، حيث قال فى (التعليق): إن صدقة التطوع لا بد فيها من الإيجاب والقبول.

وحكى ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد أنه قال: إذا أراد تملك الهدية، وكل الرسول الحامل لها حتى يوجب، فيقبل المهدى إليه.

وجزم فى (الحاوى) بأن الهبة تفتقر إلى إيجاب وقبول، وفى الهدية بعدم ذلك، ويكفى فيها الأخذ والدفع بالرضا، سواء كان الدافع المهدى أو رسوله؛ إذا غلب على ظن المهدى إليه صدقه، ويجوز له التصرف فيها وبهذا أجاب الفورانى والمتولى والبغوى، وكذا القاضى الحسين، وصرح بمثله فى الصدقة أيضًا.

واختار ابن الصباغ: أنه لا يفتقر فى الهبات المذكورة - أى: الهبة والهدية وصدقة التطوع - إلى إيجاب وقبول، بل إذا وجد ما يدل على ذلك كفى.

واستشهد له فى كتاب النفقات بأن الشافعى - رضى الله عنه - قال فيما إذا دفع الوثنى إلى زوجته نفقة مدة، ثم أسلم، وتخلفت حتى انقضت عدتها، وطالبها، فقالت: إنما دفعت لى هبة، وقال: بل سلفًا فى النفقة - ينظر: إن كان قد دفع بشرط أنها نفقة مستقبلة، كان عليها ردها. وإن أطلق، لم يكن عليها الرد؛ لأنه متطوع؛ وهذا يقتضى أن الهدية لا تفتقر إلى لفظ الهبة والإيجاب والقبول - فإنه جعله متطوعًا عند الإطلاق.

ثم قال: وما قاله الشيخ أبو حامد والقاضى فغير مستقيم؛ لأنه خلاف ما نقل عنه - عليه السلام - وأجمع المسلمون عليه، فإنه كان يهدى إليه عليه السلام، وكان يقبضه، ويتصرّف فيه، ولم ينقل فى ذلك إيجاب ولا قبول[1].

(١) ينظر الكفاية خ.

وكذلك: أهدى إلى النجاشى، وكان فى أرض الحبشة[١]، وما نُقل أن النبى ﷺ أمر بالإيجاب والقبول.

وكذلك الناس يدفعون صدقات التطوع، فيقبضها المدفوع إليهم، ويتصرفون فيها من غير إيجاب وقبول، ولم ينكر هذا منكر؛ فدل على أنه إجماع.

فإن قيل: فهذه إباحات مال؟

فالجواب: أن الناسَ أجمعوا على تسمية ذلك هبة، وهدية، وصدقة.

ولأن الإباحة تختص بالمباح له، وقد كان النبى ﷺ إذا أُهدى إليه شىء، يهديه إلى زوجاته وغيرهن، وقد أُهديت له حُلة، فأهداها لعلى - رضى الله عنه -[٢] والمذهب: الأول.

وفى الحاوى عن الحسن البصرى أنه قال: القبول غير معتبر فى عقد الهبة كالعتق. وهو قول شذ به عن الجماعة، وخالف به الكافة إلا أن يريد به الهدايا؛ فللهدية فى القبول حكم يخالف قبول الهبات.

والدليل على أن عقد الهبة لا يتم إلا بالقبول: أن النبى ﷺ أهدى إلى النجاشى مسكًا، فمات النجاشى قبل وصول المسك إليه، فعاد المسك إليه، فقسمه بين نسائه[٣]، ولو صار المسك للنجاشى، لما استحل ذلك، ولأوصله إلى وارثه.

ولأنه تمليك تام ينتقل عن حى؛ فافتقر إلى قبول كالبيع.

وفارق العتق من حيث إن المعتق لو رد العتق لم يبطل، والموهوب له لو رد الهبة

---

(١) يأتى .

(٢) أخرجه البخارى (٥/ ٥٤٨) كتاب الهبة وفضلها باب هدية ما يكره لبسها (٢٦١٤) وطرفاه فى (٥٣٦٦)، (٥٨٤٠) ومسلم (٣/ ١٦٤٤) كتاب اللباس والزينة باب تحريم استعمال أوانى الذهب والفضة (١٩/ ٢٠٧١) من طرق عن على بن أبى طالب قال: «أهدى إلى النبى ﷺ حلة سيراء، فلبستها فرأيت الغضب فى وجهه؛ فشققتها بين نسائى» واللفظ للبخارى .

(٣) أخرجه ابن سَعد فى الطبقات الكبرى (٨/ ٧٥ - ٧٦)، والحاكم فى المستدرك (٢/ ١٨٨)، وصححه وتعقبه الذهبى فقال: منكر، ومسلم الزنجى ضعيف.

وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ١٥٠ - ١٥١) وعزاه لأحمد والطبرانى عن أم كلثوم بنت أبى سلمة وقال: وفيه مسلم بن خالد الزنجى، وثقه ابن معين، وضعفه غيره، وأم موسى بن عقبة أعرفها - لعل الصواب: لا أعرفها - وبقية رجاله رجال الصحيح .

بطلت؛ فلذلك افتقرت الهبة إلى قبول، ولم يفتقر العتق إلى قبول.

فعلى هذا لو قال: قد وهبت لك عبدى هذا إن شئت، فقال: قد شئت - لم يكن قبولًا حتى يقول: قد قبلت، فيصح العقد وإن كان معلقًا بمشيئته؛ لأنها إنما تكون هبة له إن شاءها.

ولو قال الموهوب له: قد قبلته إن شئت، لم يصح؛ لأن قبول الهبة إنما يكون إلى مشيئة القابل دون الباذل، فلو ابتدأ الموهوب له، فقال: هب لى عبدك إن شئت، فقال: قد شئت - لم يكن ذلك بذلًا حتى يقول: قد وهبت. فلو قال: قد وهبت إن شئت، لم يجز؛ لأن بذل الهبة إنما يكون إلى مشيئة الواهب دون الموهوب له[١].

فرع: قال ابن الرفعة: إذا وهب الأب لولده الذى فى حجره شيئًا، فهل يفتقر إلى الإتيان باللفظ أم يكفى فيه النية؟

وإذا افتقر، فهل يحتاج إلى إيجاب وقبول، أم يكفى أحدهما؟ فيه وجهان تقدم ذكرهما فى البيع.

قال الإمام: ومحل الخلاف فى الاكتفاء بالقبول إذا كان يمكن الابتداء به، كقوله: اشتريت، واتهبت لولدى.

وفى فتاوى القاضى الحسين: أنه إذا قال لولده الصغير: وهبت هذا منك - حكاية وجهين:

أحدهما - لا يصح، حتى لو قبل الأب بعد ذلك لم يصح.

والثانى: أنه يصح.

وعلى هذا: هل يحتاج إلى القبول؟ فيه وجهان. قلت: وسوف يأتى زيادة بيان لتلك المسألة عند حديثنا عن القبض فى الهبة.

فرع: قال ابن الرفعة: إذا وهب رب الدين من الذى عليه الدين ما له عليه من دين، فهل يفتقر إلى القبول؟ إن قلنا: إن الإبراء يفتقر إليه - كما حكى عن ابن سريج - فنعم، وإلا فوجهان حكاهما البندنيجى عن ابن سريج:

أحدهما - ويحكى عن ابن أبى هريرة أيضًا -: نعم، وهو ما قاله الإمام فى

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٤).

كتاب (الرهن) فى آخر مسألة استعارة العبد ليرهن بدين إنه الأصح.

والثانى - وهو المذهب فى (الشامل) - لا.

قال البندنيجى: ويبرأ بنفس الهبة؛ كصدقة التطوع. وكأنه يشير بذلك إلى ما ذكره ابن سريج، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد: أنه إذا قال: تصدقت عليك بما لى من دين: أنه يصح، وتبرأ ذمته؛ كما لو أبرأه.

فرع: قال ابن الرفعة: إذا أنجب واتخذ دعوة، فحملت إليه هدايا، ولم يسم أصحابها الأب ولا ولده - حكى العبادى فى زياداته وجهين:

أحدهما - أنها للأب.

والثانى: أنها للابن، وبه أجاب القاضى الحسين فى (فتاويه) وفيها أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازى - أى المصنف - أفتى بالأول.

وفى فتاوى الغزالى: أن خادم الصوفية الذى يتردد فى الأسواق، ويجمع لهم شيئًا - يملكه دونهم؛ لأنه ليس بولى ولا وكيل عليه لا سيما وهم غير محصورين.

لكن الأولى به الصرف إليهم، فإن لم يفعل كان لهم منعه من أن يأخذ على اسمهم شيئًا.

فرع: قال ابن الرفعة: إذا كانت الهدية فى ظرف جرت العادة بتركه، ملك مع الهدية، وإلا فلا يملك قاله الماوردى.

وقال القاضى الحسين: إن الوعاء يكون فى يده أمانة، ويستحب رده فى الحال؛ لقوله عليه السلام - «اسْتَدِيمُوا الْهَدَايَا بِرَدِّ الظُّرُوفِ».

فإن استعمله نظر: فإن كانت الهدية مما جرت العادة بإخراجها عن الظروف فى الحال؛ مثل الحبوب، ونحوها - ضمن. وإن كان مثل المرقة ونحوها، وجرت العادة بأن يؤكل فى ذلك الوعاء فلا ضمان.

نعم: إذا استعمله فى غير الهدية، ضمن.

وفى (التهذيب) فيما إذا كانت العادة جارية بأكل المُهْدَى فى الظروف، كان فى يده كالمستعار.

وإذا أرسل كتابًا إلى حاضر أو غائب، قال المتولى: إن استدعى منه الجواب على ظهره، فلا يملك الكاغد، وعليه برده، وإلا فهو هدية يملكها المكتوب إليه.

وذكر غيره: أنه يبقى على ملك الكاتب، وللمكتوب عليه الانتفاع به على سبيل الإباحة؛ وهذا تخريج على طريقة الشيخ أبي حامد[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض؛ لما روت عائشة - رضى الله عنها - أن أباها نحلها جذاذ عشرين وسقًا من ماله، فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية، إن أحب الناس غنًى بعدى لأنت، وإن أعز الناس على فقرًا بعدى لأنت؛ وإنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا من مالى، ووددت أنك جذذته وحزته، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك. قالت: هذان أخواى، فمن أختاى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة، فإنى أظنها جاريةً.

فإن مات قبل القبض، قام وارثه مقامه إن شاء قبض، وإن شاء لم يقبض.

ومن أصحابنا من قال: يبطل العقد بالموت؛ لأنه غير لازمٍ؛ فبطل بالموت؛ كالعقود الجائزة.

والمنصوص: أنه لا يبطل؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم، فلم يبطل بالموت؛ كالبيع بشرط الخيار.

فإذا قبض - ملك بالقبض.

ومن أصحابنا من قال: يتبين أنه ملك بالعقد، فإن حدث منه نماء قبل القبض - كان للموهوب له؛ لأن الشافعى - رضى الله عنه - قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوالٍ، وقبض بعد ما أهل - أن فطرة العبد على الموهوب له.

والمذهب الأول، وما قال فى زكاة الفطر فرعه على قول مالكٍ رحمه الله.

(الشرح) حديث عائشة أخرجه مالك[٢] عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة، به. وأخرجه البيهقى[٣] من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب، وعن حنظلة بن أبى سفيان عن القاسم بن محمد. وأخرجه الشافعى فى الأم[٤] بلاغًا دون إسناد.

أما قوله: «قالت هذان أخواى فمن أختاى...» فهاتان الأختان هما: أسماء بنت

---

(١) ينظر الكفاية خ.
(٢) (٢/ ٧٥٢).
(٣) (٦/ ١٧٠).
(٤) (٣/ ٣٨٤).

أبى بكر، وأم كلثوم وهى التى كانت حملا، وأم كلثوم هذه تزوجها عمر بن الخطاب، رضى الله عنه[(١)].

قوله: (نحلها جداد عشرين وسقا)[(٢)] معنى نحلها: أعطاها، والنُّحل والنِّحْلة والعطية: واحد.

و (جداد عشرين وسقا) معناه: ما يأتى حين يجد عشرين وسقا.

والوسق: ستون صاعًا.

قوله: (حزته) قبضته. ولو قال: (حزتيه) لكان جائزًا، والأول: أفصح. ذكره الأزهرى[(٣)].

قوله: (ذو) «ذو» هاهنا بمعنى «الذى» فى لغة طيئ، يقولون: أنا ذو فعلت، أى: الذى فعلت، قال شاعرهم: [من الوافر]

فإن الماء ماء أبى وجدى　　وبئرى ذو حفرت وذو طويت[(٤)]

الأحكام: لا تلزم الهبة إلا بالقبض: فإذا وهب لغيره عينًا، فالواهب بالخيار: إن شاء أقبض الموهوب له، وإن شاء لم يُقبضه. وبه قال الثورى وأبو حنيفة.

وقال مالك: تلزم الهبة بالإيجاب والقبول من غير قبض، فإن امتنع الواهب من الإقباض، رفعه الموهوب له إلى الحاكم؛ ليجبره على الإقباض؛ كما قال فى الرهن. وقال: إذا أعار الرجل داره شهرًا، فقد لزم المعير ذلك، وليس له أن يرجع فى العارية قبل انقضاء الشهر.

واستدل مالك بقوله - تعالى -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وبما روى ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال: «الْعَائِدُ فِى هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِىءُ ثُمَّ يَعُودُ فِى قَيْئِهِ»[(٥)].

---

(١) ينظر: تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٣٦٩) (٧٩٧).

(٢) ينظر: النظم (٢/ ٩٤).

(٣) ينظر: الزاهر (٢٦٣).

(٤) هو لسنان بن الفحل الطائى فى خزانة الأدب (٦/ ٣٤)، شرح الحماسة للتبريزى (٢/ ١٥٢)، الإنصاف ص (٣٨٤)، والدرر (١/ ٢٦٧)، وشرح التصريح (١/ ١٣٧)، وشرح الحماسة للمرزوقى ص (٥٩١)، والمقاصد النحوية (١/ ٤٣٦)، وبلا نسبة فى الأزهية ص (٢٩٥)، واللسان (ذوا)، وشرح المفصل (٣/ ١٤٧).

(٥) أخرجه البخارى (٥/ ٢٧٧) كتاب: الهبة، باب: لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته، =

. . . .

= حديث (٢٦٢١)، ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع فى الصدقة، حديث (٥/ ١٦٢٢)، وأبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب: البيوع، باب: الرجوع فى الهبة، حديث (٣٥٣٨)، والنسائى (٦/ ٢٦٦) كتاب: الهبة، باب: رجوع الوالد فيما يعطى ولده، وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) كتاب: الهبات، باب: الرجوع فى الهبة، حديث (٢٣٨٥)، وأحمد (١/ ٢٨٠، ٢٨٩، ٣٣٩، ٣٤٢، ٣٤٥، ٣٤٩)، وأبو داود الطيالسى (١/ ٢٨٠ - منحة) رقم (١٤١٩)، وابن الجارود (٩٩٣)، وابن حبان (٥٠٩٩، ٥١٠٠ - الإحسان)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٧٧) كتاب: الهبة والصدقة، باب: الرجوع فى الهبة، والبيهقى (٦/ ١٨٠) كتاب: الهبات، باب: لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته، وأبو نعيم فى الحلية (٦/ ١٤٥، ٢٨١)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٤٢٤)، والخطيب فى تاريخ بغداد (٧/ ٣٨٥) من طرق عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس به.

وأخرجه البخارى (٥/ ٢٧٧ - ٢٧٨) كتاب: الهبة، باب: لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته، حديث (٢٦٢٢)، وفى الأدب المفرد رقم (٤١٧)، والنسائى (٦/ ٢٧٦) كتاب: الهبة، باب: رجوع الوالد فيما يعطى ولده، والترمذى (٣/ ٥٩٢) كتاب: البيوع، باب: الرجوع فى الهبة، حديث (١٢٩٨)، وأحمد (١/ ٢١٧)، والحميدى (١/ ٢٤٣) رقم (٥٣٠)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٧٨) كتاب: الهبة والصدقة، باب: الرجوع فى الهبة، والبيهقى (٦/ ١٨٠) كتاب: الهبات، باب: لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته، وأبو يعلى (٤/ ٢٩٣ - ٢٩٤) رقم (٢٤٠٥)، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٤٢٥)، والخطيب فى تاريخ بغداد (٨/ ١٧٨) من طريق عكرمة عن ابن عباس قال: قال النبى ﷺ: «ليس لنا مثل السوء، الذى يعود فى هبته كالكلب يرجع فى قيئه».

وأخرجه البخارى (٥/ ٢٥٦) كتاب: الهبة، باب: هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، حديث (٢٥٨٩)، ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع فى الصدقة، حديث (٨/ ١٦٢٢)، والنسائى (٦/ ٢٦٧) كتاب: الهبة، باب: رجوع الوالد فيما يعطى ولده، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٧٨) كتاب: الهبة والصدقة، باب: الرجوع فى الهبة، والبيهقى (٦/ ١٨٠) كتاب: الهبات، باب: لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته، كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس قال: قال النبى ﷺ: «العائد فى هبته كالكلب يقىء ثم يعود فى قيئه».

وقد رواه طاوس عن ابن عمر وابن عباس معا:

أخرجه أبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب: البيوع والإجارات، باب: الرجوع فى الهبة، حديث (٣٥٣٩)، والنسائى (٦/ ٢٦٧) كتاب: الهبة، باب: رجوع الوالد فيما يعطى ولده، والترمذى (٣/ ٥٩٢) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة، حديث (١٢٩٩)، وأحمد (٢/ ٢٧، ٧٨)، وابن حبان (١١٤٨ - موارد)، وأبو يعلى (٥/ ١٠٥ - ١٠٦) رقم (٢٧١٧)، وابن الجارود (٩٩٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٧٩)، والدارقطنى (٣/ ٤٢ - ٤٣) كتاب: البيوع، والحاكم (٢/ ٤٦)، والبيهقى (٦/ ١٨٠) كتاب: الهبات، باب: لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته، كلهم من =

. . . .

= طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس قالا: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل لرجل أن يعطى عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده، ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد فى قيئه».

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد فإنى لا أعلم خلافًا فى عدالة عمرو بن شعيب، إنما اختلفوا فى سماع أبيه من جده. ووافقه الذهبى.

وأخرجه أحمد (١/ ٣٤٢) من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس به.

وللحديث شواهد من حديث عمر، وعبد الله بن عمرو، وأبى هريرة، وجابر.

حديث عمر:

أخرجه البخارى (٢/ ٢٧٨) كتاب: الهبة، باب: لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته، حديث (٢٦٢٣)، ومسلم (٣/ ١٢٣٩) كتاب: الهبات، باب: كراهة شراء الإنسان ما تصدق به، حديث (١/ ١٦٢٠)، وأحمد (١/ ٤٠)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٧٩) كتاب: الهدية والهبة، باب: الرجوع فى الهبة، من طريق جماعة عن زيد بن أسلم عن أبيه سمعت عمر بن الخطاب يقول: «حملت على فرس فى سبيل الله فأضاعه الذى كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص، فسألت عن ذلك النبى ﷺ فقال: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد؛ فإن العائد فى صدقتة كالكلب يعود فى قيئه».

ورواه عبد الله بن عمر العمرى عن زيد بن أسلم عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال: «العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه»، أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٧ - ٧٩٨) كتاب: الهبات، باب: الرجوع فى الهبة، حديث (٢٣٨٦).

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص:

أخرجه أحمد (٢/ ١٨٢)، وأبو داود (٣/ ٨١٠) كتاب: البيوع والإجارات، باب: الرجوع فى الهبة، حديث (٣٥٤٠)، والنسائى (٦/ ٢٦٤ - ٢٦٥) كتاب: الهبة، باب: رجوع الوالد فيما يعطى ولده، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال: «مثل الذى يسترد ما وهب كمثل الكلب يقىء فيأكل قيئه، فإذا استرد الواهب فليوقف فليعرف بما استرد ثم ليدفع إليه ما وهب».

حديث أبى هريرة:

أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٩، ٤٣٠، ٤٩٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٧) كتاب الهبات، باب: الرجوع فى الهبة، حديث (٢٣٨٤)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ٧٨) كتاب: الهدية والهبة، باب: الرجوع فى الهبة، والعقيلى فى الضعفاء (٤/ ٣٢٢) كلهم من طريق خلاس بن عمرو عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «العائد فى هبته كالكلب يأكل حتى إذا شبع قاء ثم يعود فى قيئه» وهذا إسناد ضعيف لانقطاعه.

قال البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٢٣٥): هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع، قال الإمام أحمد بن حنبل وغيره: خلاس بن عمرو الهجرى لم يسمع من أبى هريرة شيئًا. =

قالوا: ولأنها عطية فوجب ألا تفتقر إلى قبض كالوصية.

ودليلنا: أن النبى ﷺ حين أهدى إلى النجاشى ثلاثين أوقية مسكًا قال لأم سلمة: «إِنَّ النَّجَاشِيَّ قَدْ مَاتَ، وَسَيَرِدُّ عَلَيَّ، فَأُعْطِيكِ»[١] فلما رد عليه، أعطى كل واحدة من نسائه أوقية، ودفع باقيه إلى أم سلمة. فلولا أنه بالقبض يملك، لما استجاز رسول الله ﷺ أن يتملكه ويتصرف فيه.

وروى الزهرى عن عروة عن عائشة - رضى الله عنها - أن أباها نحلها جداد عشرين وسقا من ماله، فلما حضرته الوفاة، جلس، فتشهد، وحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد: فإن أحب الناس غنى بعدى لأنت، وإن أعز الناس فقرًا بعدى لأنت، وإنى قد نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى، ووددت لو كنت حُزْتِه، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هم أخواك وأختاك» قالت: هذان أخواى، فمن أختاى؟ قال: «ذات بطن ابنة خارجة؛ فإنى أظنها جارية». قالت: لو ما كن بين كذا وكذا، لرددته. فدل ذلك من قوله على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض[٢].

ووجه الدلالة من الخبر: أنه كان وهبها فى صحته، وإنما لم يقبضها حتى مرض، والإقباض فى مرض الموت كالعطية، والعطية للوارث لا تصح.

وروى عن عمر: أنه قال: «لا تتم نحلة حتى يحوزها المنحول»[٣].

= «وقال العلائى فى جامع التحصيل (ص - ١٧٣): وقال يحيى بن سعيد: كان فى أطراف عوف وخلاس ومحمد عن أبى هريرة حديث «إن موسى عليه السلام كان حييًا فقالت بنو إسرائيل: هو آدر فسألت عوفًا فترك محمدًا وقال: خلاس مرسل - أى لم يرو عن أبى هريرة».

حديث جابر:

أخرجه الطبرانى فى الصغير (٢/ ١١٤)، والعقيلى فى الضعفاء (٣/ ٤٥) من طريق عبد الحميد بن الحسن الهلالى عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله عن النبى ﷺ قال: «العائد فى هبته كالعائد فى قيئه».

قال الطبرانى: لم يروه عن محمد بن المنكدر إلا عبد الحميد بن الحسن.

وقال العقيلى: عبد الحميد لا يتابع على حديثه عن ابن المنكدر.

والحديث ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (٤/ ١٥٦) وقال: رواه الطبرانى فى الصغير وفيه عبد الحميد بن الحسن الهلالى، وثقه ابن معين وأبو حاتم، وضعفه أبو زرعة وغيره. ا. هـ .

(١) تقدم .

(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٥) .

(٣) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٧٠) بنحوه .

وروى ذلك: عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وعائشة، ومعاذ، وأنس[١]، ولا مخالف لهم؛ فدل على أنه إجماع.

ولأنها هبة لم تقبض؛ فكانت غير لازمة، كما لو مات الواهب قبل أن يقبض الموهوب؛ فإن وارث الواهب لا يجبر على الإقباض، وقد وافقنا مالك على ذلك.

ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول؛ فوجب أن يفتقر إلى القبض؛ كالقرض.

وأما الجواب عن قوله - تعالى -: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، فهو أن المراد به لازم العقود، ولزوم الهبة يكون بالقبض لا بالعقد.

وقوله ﷺ: «العائد فى هبته كالكلب يقىء ثم يعود فى قيئه»[٢] محمول على ما بعد القبض.

وأما قياسهم على الوصية، فالمعنى فى الوصية: أنها لما لزمت الوارث، لزمت الموروث. والهبة قبل القبض، لما لم تلزم الوارث، لم تلزم الموروث[٣].

ولا فرق فى ذلك بين سائر الهبات بالاتفاق من أصحابنا، حتى قالوا: لو أرسل إلى شخص هدية، ثم استرجعها قبل أن تصل إليه، أو مات - لم يملكها المهدى إليه؛ استدلالاً بما ذكرناه من قبل أنه ﷺ أهدى للنجاشى ثلاثين أوقية مسكًا، فمات قبل أن تصل إليه، فردت إليه عليه السلام، وأعطى كل واحدة من نسائه أوقية، ودفع لأم سلمة سائره[٤].

ولا يشترط فى القبض الفور، بل يجوز على الفور وعلى التراخى.

واعلم أن ما ذكره الشيخ من كون الهبة لا تملك إلا بالقبض هو ظاهر المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وهو الصحيح فى تعليق أبى الطيب وغيره، ووراءه قولان:

أحدهما - حكى عن القديم -: أن الملك يحصل بنفس العقد كمذهب مالك، ويحكى عن رواية عيسى بن أبان.

والثانى- حكاه العراقيون والمراوزة -: أن الملك موقوف على أن يوجد القبض، فإذا وجد تبينا حصول الملك من وقت العقد. وهذا مخرج مما ذكره فيما إذا وهب

---

(١) ذكره البيهقى (٦/ ١٧٠) عنهم جميعًا عدا أنس بن مالك.
(٢) تقدم.
(٣) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٦).
(٤) تقدم.

عبدًا فى آخر رمضان، وأقبضه بعد الغروب - كانت زكاة الفطر على الموهوب له.

قال البندنيجى: وهذا غلط؛ لأن الشافعى - رضى الله عنه - فرع مسألة الفطر على مذهب مالك.

وثمرة الخلاف تظهر فى الزوائد والفوائد:[(١)]

فإذا قلنا: إن الملك موقوف على أن يوجد القبض، فتبين حينئذ أنه ملك بالعقد؛ فإن ما يحدث فى العين الموهوبة من نماء بعد العقد وقبل القبض يكون ملكًا للموهوب له دون الواهب، فإن كان الواهب قد استهلكه قبل تسليم الأصل، لم يضمنه، ويكون استهلاكه رجوعًا فيه كما لو كان هبة.

ولو استهلكه وقد حدث بعد تسليم الأصل ضمنه[(٢)].

وإن قلنا بالمنصوص أنه ملكه من حين القبض، فعلى هذا: يكون النماء الحادث بعد العقد وقبل القبض للواهب؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض؛ فلا يقع الملك للموهوب قبله، كما لا يملك قبل تمام العقد.

إذا ثبت هذا: فقد قال صاحب البيان: إن الموهوب له ليس له أن يقبض إلا بإذن الواهب، فإن قبض بغير إذنه، لم يصح القبض.

وقال أبو حنيفة: إذا قبضه الموهوب له فى مجلس الهبة بغير إذن الواهب، صح القبض، وإن قاما من المجلس، لم يكن له أن يقبض بغير إذنه.

دليلنا: أنه لم يأذن له فى القبض؛ فلم يصح له قبضه، كما لو قاما من المجلس قبل أن يأذن له. انتهى كلام صاحب (البيان).

وقال فى الحاوى: فإذا ثبت أن القبض شرط فى لزوم الهبة، فهو مختلف بحسب اختلاف المقبوضات: فكل ما كان قبضًا فى البيع، كان قبضًا فى الهبة، إلا أن فى البيع لو قبض ما دفع ثمنه بغير إذن بائعه، صح، وفى الهبة لو قبضها بغير إذن الواهب لم تصح - كما ذكرناه - والفرق بينهما: أن الرضا غير معتبر فى قبض البيع؛ فصح وإن كان بغير إذنه، والرضا معتبر فى قبض الهبة؛ فلم يصح إلا بإذنه.

فلو كان الشىء الموهوب فى يد الموهوب له، فلا بد أن يمضى عليه بعد عقد

---

(١) ينظر الكفاية خ.

(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٦، ٥٣٧).

الهبة زمان القبض، وهل يحتاج أن يأذن له فيه أم لا؟.

قال الشافعى: «تمت الهبة بالعقد ومضى زمان القبض، ولم يفتقر إلى إذن بالقبض». وقال فى الرهن: إذا كان فى يد المرتهن: إنه لا بد أن يأذن له فى القبض. فكان أكثر أصحابنا ينقلون جواب كل من المسألتين إلى الأخرى، ويخرجونهما على قولين:

أحدهما - لا يحتاج فيهما إلى إذن بالقبض على ما نص عليه فى الهبة، ويكون العقد فيهما إذنًا بقبضهما.

والقول الثانى - لابد فيهما من الإذن بالقبض على ما نص عليه فى الرهن.

وقال بعض أصحابنا: ليس ذلك على قولين؛ بل الجواب على ظاهره فى الموضعين: يحتاج فى الرهن إلى إذن بالقبض؛ ولا يحتاج فى الهبة إلى إذن بالقبض[1].

والفرق بينهما: أن الهبة تزيل الملك؛ فقوى أمرها؛ فلم يحتج فى الهبة إلى إذن بالقبض، والرهن أضعف منها؛ لأنه لا يزيل الملك؛ فافتقر إلى إذن بالقبض.

فرع: إذا أذن له بقبض العين الموهوبة قبل الإيجاب والقبول، لم يصح الإذن، كما لو شرط المتبايعان الخيار قبل العقد.

وإن قال: وهبتك هذه الدار، وأذنت لك فى قبضها، فقال الموهوب له: قبلت - ففيه قولان:

أحدهما - وهو قول الإمام زيد بن عبد الله اليفاعى - رحمه الله -: أنه لا يصح؛ لأنه أذن فى القبض قبل تمام العقد، فلم يصح، كما لو أذن له فى القبض قبل العقد.

ولأنه فصل بين الإيجاب والقبول بالإذن؛ فلم يصح؛ كما لو فصل بينهما بكلام.

والثانى - قال القاضى أبو الطيب فى (المنهاج)، والمصنف فى (التعليقة) بالخلاف، أى يصح.

قال العمرانى: ووجه ذلك عندى: أن الإذن شرط فى الهبة؛ فلم يفصل بين الإيجاب والقبول، كذكر الثمن فى البيع.

فرع: إذا وهب له عينًا، وأذن له فى قبضها، ثم رجع الواهب عن الإذن قبل

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٦).

القبض - بطل الإذن؛ لأن الإذن يبطل بالرجوع.

وإن وهبه عينًا، ثم باعها الواهب قبل القبض - قال ابن الصباغ: فإن اعتقد أن الهبة ما تمت، صح بيعه، وبطلت الهبة. وإن كان يعتقد أن الهبة قد تمت قبل القبض، فهل يصح بيعه؟ فيه وجهان.

أحدهما - لا يصح بيعه؛ لأنه عقد وهو متلاعب، وأنه ليس ببيع.

والثانى - يصح؛ لأنه بيع صادف ملكه.

فرع: إذا مات الواهب بعد العقد وقبل القبض، فهل تبطل الهبة؟ فيه وجهان:

أحدهما - تبطل الهبة؛ لأنها عقد غير لازم؛ فبطلت بالموت؛ كالوكالة والشركة.

قال المصنف فى (التنبيه): وليس بشىء.

والثانى - وهو المنصوص -: أنها لا تبطل؛ لأنها عقد يئول إلى اللزوم، فلم تبطل بالموت، كالبيع بشرط الخيار، ويخالف الوكالة والشركة؛ لأنهما لا يئولان إلى اللزوم؛ وعلى هذا يقوم وارثه مقامه: فإن شاء أقبض وإن شاء لم يقبض وهذا ما عليه أكثر الأصحاب وحكاه القاضى الحسين عن النص قاله ابن الرفعة، وقال العمرانى: هذا نقل البغداديين من أصحابنا.

وقال المسعودى: إذا مات أحدهما بعد العقد وقبل القبض، فإن قلنا: إنها تملك بالقبض، بطل العقد.

وإن قلنا: تبين بالقبض أنه ملك بالعقد، ففيه وجهان:

أحدهما - يبطل العقد؛ لأن القبض ركن فى الهبة، كما أن القبول ركن فى البيع، ومعلوم أن البيع يبطل بموت أحدهما بعد الإيجاب وقبل القبول؛ فكذلك هذا مثله.

والثانى - لا يبطل - وهو الأصح - لأن العقد قد تم إلا أن إمضاءه موقوف على القبض؛ فصار كالبيع بشرط الخيار.

وقال الرافعى: والخلاف فى الأصل يجرى فيما لو مات الموهوب له قبل القبض، وفيما إذا جن أحدهما أو أغمى عليه.

فرع: إذا أذن له فى القبض، ثم مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض، وقلنا: لا تبطل الهبة - بطل الإذن؛ لأنه جائز، فبطل بالموت.

قال أبو العباس: إذا بعث رجل مع رجل هدية إلى رجل، فمات المهدى قبل أن يقبض المهدى إليه الهدية - كان ذلك لورثة المهدى .

وكذلك إذا اشترى الحاج هدايا لأهل بيته وأصدقائه، فمات قبل أن يصل، كان ذلك لورثته؛ لأن ملكه لم يزل عن ذلك كله.

فرع: إذا قال: وهبت دارى هذه من فلان، وأقبضته إياها، فصدقه المقر له - قبل إقراره، وحُكم للموهوب له بملك الدار.

فإن قال الواهب: لم أكن أقبضته، فحلِّفوه إنى أقبضته:

قال الشافعى: أُحلف المقر له؛ لجواز أنه لم يكن أقبضه.

وإن قال: وهبت له هذه الدار، وخرجت إليه منها، قال الشافعى فى الإقرار والمواهب - كما صرح به البندنيجى وابن الصباغ وغيرهما - لم يكن ذلك إقرارًا منه بالقبض؛ لأن قوله: خرجت إليه منها يحتمل أنه أراد: بالهبة.

وإن قال: وهبت له هذه الدار وملكها، لم يكن إقرارًا منه بالقبض؛ لجواز أن يعتقد أن القبض ليس بركن فى الهبة، وأنه لا يفتقر إليه فى لزوم الهبة، على مذهب مالك.

فرع: قال الطبرى: إذا قال رجل لآخر: كسوتك هذا الثوب، ثم قال: لم أرد الهبة - قبل قوله.

وقال أبو حنيفة: لا يُقبل.

دليلنا: أن هذا اللفظ يصلح للإعارة والهبة؛ فهو كما لو قال: حملتك على دابتى، أو أخدمتك جاريتى.

وإن قال: أطعمتك هذا الطعام، فأقبضه، ثم قال: ما أردت به الهبة، فهل يقبل قوله؟ فيه قولان:

أحدهما - لا يُقبل. وهو قول أبى حنيفة؛ لأنه لا يَطعَمُ إلا ما ملكه.

والثانى - يُقبل؛ لأن اللفظ يصلح للإباحة دون التمليك، فهو كما لو قال: أطعمتك أرضى.

وإن قال لرجل: لك هذه الأرض، فأقبضها - لم يكن صريحًا فى الهبة.

وقال أبو حنيفة: يكون صريحًا فيها.

دليلنا: أن هذا اللفظ يصح من غير مالك على وجه الخبر؛ فهو كما لو قال: هذه الدار لك، ولم يقبضها.

وإن قال: منحتك هذه الدار، أو هذا الثوب، وقال: قبلت، وأقبضه - كان ذلك

هبة.

وقال أبو حنيفة: لا يكون هبة إلا أن يُريدها، وتكون عارية.

دليلنا: أنه لفظ يصلح للتمليك؛ فكان صريحًا فى التمليك؛ كلفظ الهبة.

فرع: قال ابن الرفعة: إذا صححنا هبة الدين المستقرض من غير من هو عليه، فهل يلزم بغير القبض أو لا بد منه؟ فيه وجهان:

المختار فى (المرشد): الافتقار إلى القبض.

وإذا قلنا بمقابله فوجهان:

أحدهما - أنه يلزم بمجرد الإيجاب والقبول.

والثانى - لا بد من تسليط بعد العقد وإذن مجدد، ويكون ذلك كالتخلية فى الأعيان التى لا يمكن نقلها(١).

فرع: وإن كان الموهوب مشاعًا: فإن كان مما لا يُنقل ولا يُحول كالأرض والدور: قال الشيخ أبو حامد: فإن القبض فيه أن يخلى بينه وبينه فيحضره إياه، ويقول: خليت بينك وبينه، فتسلَّمْه.

وإن كان مما ينقل ويحول، فإن القبض لا يحصل فيه إلا بالنقل، فإن رضى الشريك الذى لم يهب أن يكون ذلك الشىء فى يد الموهوب له، جاز؛ فيكون نصفه له ونصفه وديعة.

وإن لم يرض الشريك الذى لم يهب بذلك، فإن وكل الموهوب له الشريك ليقبض له - صح. وإن لم يرض واحد منهما، نصب الحاكم أمينًا؛ ليقبض ذلك الشىء، وينقله، ويكون فى يده أمانة للموهوب والشريك.

فرع: قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: (ويقبض للطفل أبوه).

قال الماوردى: وهذا صحيح، تجوز الهبة لكل من صح منه الملك: من طفل، أو مجنون، أو سفيه. إلا أن السفيه يصح أن يقبل الهدية، والطفل والمجنون لا يصح منهما قبول الهدية؛ لأن لقول السفيه حكمًا، وليس لقول الطفل والمجنون حكم.

وإذا كان هكذا: فالقابل للطفل والمجنون وليهما من أب أو وصى أو أمين حاكم، وهو القابض لهما بعد القبول.

---

(١) ينظر الكفاية خ.

وأما السفيه: فهو القابل، ووليه هو القابض، فإن قبضها السفيه تمت الهبة أيضًا، ولو قبضها الطفل والمجنون لم تتم الهبة.

والفرق بينهما ظاهر[(١)].

قال صاحب البيان: وجملة ذلك: أنه إذا وهب غير ولى الطفل للطفل هبة: فإن كان له أب أو جد، وكان عدلًا، قبل له الهبة، وقبض له؛ لأنه هو المتصرف عنه.

وإن كان فاسقًا، لم يصح قبوله ولا قبضه؛ لأنه لا ولاية له عليه مع الفسق.

وإن لم يكن له أب ولا جد، وكان الناظر فى ماله الوصى من قبلهما، أو الأمين من قبل الحاكم - قبل له الهبة، وقبض له؛ لأنه المتصرف عنه.

وإن كان الواهب للطفل هو وليه: فإن كان الولى عليه الوصى، أو الحاكم، أو أمينه - لم يصح قبوله له من نفسه ولا قبضه، بل ينصب له الحاكم أمينًا؛ ليقبل له الهبة، ويقبض له؛ لأنه لا يصح أن يبيع ماله بماله، فلم يصح قبوله له.

وإن كان وليه أباه أو جده صح أن يقبل له الهبة من نفسه؛ لأنه يجوز له أن يبتاع ماله بماله.

قال المسعودى: وهل يفتقر إلى أن يتلفظ بالإيجاب والقبول، أو يكفيه أحدهما؟ فيه وجهان، والمشهور: أنه لا بد أن يتلفظ بهما.

وأما القبض:

فإن قلنا: إنه إذا وهب لغيره وديعة فى يده لا تحتاج إلى القبض، صار ذلك مقبوضًا له.

وإن قلنا: لا بد من القبض فى هبة الوديعة، فلا بد أن يقول هاهنا: وقبضت له من نفسى.

وإن وهب الرجل لابنه البالغ، لم يصح حتى يقبل الابن الهبة، أو وكيله. فإن قبل له الأب الهبة، لم يصح.

وقال ابن أبى ليلى: يصح إذا كان يعوله.

دليلنا: أنه لا ولاية له عليه بعد البلوغ؛ فلم يصح قبوله له، كما لو كان لا يعوله.

فرع: قال أبو العباس: فإن وهب رجل لرجل غائب هبة، فوكل الواهب رجلًا؛

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٧).

ليقبل الهبة للغائب منه، ويقبضها منه - لم يصح؛ لأن الواهب لا ولاية له على الغائب؛ فلم يصح توكيله عنه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئًا وأقبضه - لم يملك الرجوع فيه؛ لما روى ابن عمر وابن عباسٍ - رضى الله عنهما - رفعاه إلى النبى ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده».

وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل - جاز له أن يرجع للخبر، ولأن الأب لا يتهم فى رجوعه؛ لأنه لا يرجع إلا لضرورةٍ أو لإصلاح الولد.

وإن تصدق عليه فالمنصوص: أن له أن يرجع؛ كالهبة

ومن أصحابنا من قال: لا يرجع؛ لأن القصد بالصدقة طلب الثواب، وإصلاح حاله مع الله - عز وجل - فلا يجوز أن يتغير رأيه فى ذلك.

والقصد من الهبة إصلاح حال الولد، وربما كان الصلاح فى استرجاعه؛ فجاز له الرجوع.

وإن تداعى رجلان نسب مولودٍ ووهبا له مالًا - لم يجز لواحدٍ منهما أن يرجع؛ لأنه لم يثبت له بنوته، فإن لحق بأحدهما - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه ثبت أنه ولده.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه لم يثبت له الرجوع فى حال العقد.

وإن وهب لولده، ووهب الولد لولده - ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه فى ملك من يجوز له الرجوع فى هبته.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه رجوع على غير من وهب له، فلم يجز.

وإن وهب لولده شيئًا فأفلس الولد وحجر عليه، ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع؛ لأن حقه سابق لحقوق الغرماء.

والثانى: لا يرجع؛ لأنه تعلق به حق الغرماء، فلم يجز له الرجوع؛ كما لو رهنه.

(الشرح) حديث ابن عمر وابن عباس أخرجه أحمد[1] وأبو داود[2] والنسائى[3]

(١) (٢/٣٢٧).
(٢) (٣/٨٠٨) كتاب: البيوع، باب: الرجوع فى الهبة حديث (٣٥٣٩).
(٣) (٦/٢٦٧ - ٢٦٨) كتاب الهبات.

والترمذى[١]، وابن ماجه[٢]، وابن الجارود فى المنتقى[٣]، وابن حبان[٤]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[٥]، والدارقطنى[٦]، والحاكم[٧]، والبيهقى[٨] من طريق عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس معًا، مرفوعًا.

وقال الترمذى: حسن صحيح، وصححه الحاكم ووافقه الذهبى.

وقد روى عن طاوس مرسلا:

أخرجه الشافعى[٩]، وعبد الرزاق[١٠]، والنسائى[١١]، والبيهقى[١٢] من طريق ابن جريج عن الحسن بن مسلم عن طاوس أن رسول الله ﷺ قال... فذكره.

الأحكام: ليس لواهب أقبض ما وهب أن يرجع فيه، إلا إذا وهب أحد الأبوين لولده شيئًا، فإنه يجوز له الرجوع فيه، سواء أقبضه إياه، أو لم يقبضه؛ إذا كان خاليًا عن تعلق حق الغير.

وكذلك إذا وهب أحد الأجداد - أو الجدات - من قبل الأب، أو الأم وإن علا شيئًا لولد الولد وإن سفل، وأقبضه - فله أن يرجع عليه.

هذا أول الوجوه التى ذكرها أصحابنا فى المسألة وهو نقل البغداديين من أصحابنا، وبه قال الأوزاعى، وأحمد، وإسحاق.

والثانى - حكى الخرسانيون: أن الجدات من قبل الأب والأم، والأجداد من قبل الأم، هل يصح لهم الرجوع فيما وهبوه لولد الولد؟ فيه قولان؛ لأنهم لا يملكون التصرف فى مال الولد بأنفسهم، فليس لهم الرجوع فى الهبة.

---

(١) (٤/٤٤٢) كتاب، الولاء والهبة، باب: كراهية الرجوع فى الهبة حديث (٢١٣٢).
(٢) (٢/٧٩٥) كتاب: الهبات، باب: من أعطى ولده ثم رجع حديث (٢٣٧٧).
(٣) (٩٩٤).
(٤) (١١٤٨ - موارد).
(٥) (٤/٧٩).
(٦) (٣/٤٢) كتاب البيوع حديث (١٧٧).
(٧) (٢/٤٦).
(٨) (٦/١٧٩) كتاب الهبات.
(٩) (٢/١٦٨) رقم (٥٨٤).
(١٠) (٩/١١٠) رقم (١٦٥٣٦).
(١١) (٦/٢٦٨).
(١٢) (٦/١٧٩).

والثالث: قال أبو العباس ابن سريج: إنما يرجع الأب فى هبته لولده إذا قال: إنما قصدت بالهبة ليزيد فى برى، أو يترك عقوقى، ولم يفعل. فأما إذا أطلق الهبة، فإنه لا يرجع فيها، وقد حكى ابن الرفعة تخطئة الأصحاب لابن سريج فى ذلك.

والرابع: ذكره ابن الرفعة عن بعض الأصحاب: أنه لا يثبت لغير الأب الرجوع اقتصارًا على مورد النص.

الخامس - قال ابن الرفعة - أيضًا -: قطع قاطعون بثبوت الرجوع للأم مع الأب خاصة؛ لأنها كالأب فى كون الولد منها، بل ولادتها متيقنة وانتسابه إلى الأب ظاهر[(١)].

والمشهور من المذهب: هو الأول.

وقال أبو حنيفة والثورى: إذا وهب الوالد لولده وأقبضه، لم يكن له أن يرجع عليه؛ استدلالًا بقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[(٢)]، فكان عموم هذا يمنع من رجوعه فيما ملك الابن عنه.

وبرواية ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «العائد فى هبته كالكلب يقىء ثم يعود فيه»[(٣)].

وبما رُوِى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه قال: من وهب لذى رحم لم يرجع، ومن وهب لغير ذى رحم رجع ما لم يُثَبْ[(٤)].

ولأن الهبة لذى الرحم صدقة؛ لأن المقصود بها ثواب الله تعالى دون المكافأة، فلما لم يجز أن يرجع فى الصدقة، لم يجز أن يرجع فى الهبة لذى الرحم.

ولأن فى الرجوع فى الهبة عقوقًا، وعقوق ذى الرحم حرام.

ولأنه لو وهب بشرط الثواب، فأثيب، لم يرجع وهذا قد أثيب من قبل الله - تعالى - فى هبة الرحم؛ فلم يجز أن يرجع.

---

(١) ينظر الكفاية خ .
(٢) تقدم .
(٣) تقدم .
(٤) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ١٨١) بنحوه .

ودليلنا: قوله ﷺ لبشير فى هبته للنعمان من بين ولده: «فارجعه»[1]، فلولا أن رجوعه جائز، لما أمره به، ولكان الأولى لو فعله أن يمنعه منه.

وروى عمرو بن سعيد عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «لَا يَجُوزُ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِىَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِى يُعْطِى الْعَطِيَّةَ وَيَرْجِعُ فِيهَا كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ، ثُم عَادَ فِى قَيْئِهِ»، وهذا نص يخص ما استدل به من عموم الخبر الأول، ويتمم ما اقتصر عليه من بقية الخبر الثانى.

وقال ﷺ: «أَوْلَادُكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ، فكُلوُا مِنْ طَيِّبِ كَسْبِكُمْ»[2]، فميز الولد من غيره وجعله كسبًا لوالده، فكان ما كسبه الولد منه أولى أن يكون من كسبه.

---

(١) تقدم.

(٢) ورد من طرق عن عائشة:

- طريق عمارة بن عمير عن عمته، عنها:

أخرجه عبد الرزاق (١٦٦٤٣) وسعيد بن منصور (٢٢٨٧)، والحميدى (٢٤٦)، وأحمد (٦/ ٣١و ٤١و ١٢٧و ١٦٢و ١٧٢و ١٩٣و ٢٠١و ٢٢٠)، والبخارى فى التاريخ الكبير ١/ ٤٠٦ - ٤٠٧، وأبو داود ٢/ ٣١١ كتاب البيوع، باب فى الرجل يأكل من مال ولده (٣٥٢٨) وابن ماجه ٣/ ٦٠٦كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده (٢٢٩٠) والنسائى (٧/ ٢٤١) كتاب البيوع، باب الحث على الكسب، وابن حبان (٤٢٥٩)، والترمذى (٣/ ٣٢١) أبواب الأحكام، باب ما جاء أن الولد (١٣٥٨)، والطبرانى فى الأوسط (٤٤٨٤)، والحاكم (٢/ ٤٦)، والبيهقى (٧/ ٤٧٩ - ٤٨٠) بلفظ: (إن أطيب ما أكلتم من كسبكم: وإن أولادكم من كسبكم) واللفظ لابن ماجه والترمذى.

- طريق عمارة بن عمير عن أمه، عنها:

أخرجه أحمد (٦/ ١٢٦و٢٢٠) وأبو داود (٣٥٢٩) ولفظه: (ولد الرجل من كسبه من أطيب كسبه، فكلوا من أموالهم) قال أبو داود: حماد بن أبى سليمان زاد فيه: (إذا احتجتم) وهو منكر، ونقل الحافظ فى التلخيص (٤/ ١٧) كلام أبى داود وقال: ونقل عن المبارك عن سفيان قال: حدثنى به حماد ووهم. وقال أيضًا بعد أن ساق الروايات السابقة: صححه أبو حاتم وأبو زرعة فيما نقله ابن أبى حاتم فى العلل، وأعله ابن القطان بأنه عن عمارة عن عمته وتارة عن أمه، وكلتاهما لا تعرفان.

- طريق الأسود، عنها:

أخرجه أحمد (٦/ ٤٢، ٢٢٠)، وابن ماجه (٣/ ٥٠٩) كتاب التجارات، باب الحث على المكاسب (٢١٣٧)، والنسائى (٧/ ٢٤١) كتاب البيوع، باب الحث على الكسب، وابن حبان (٢٤٦١)، والبيهقى (٧/ ٤٨٠) بلفظ: (إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه).

وقال الحافظ فى التلخيص (٤/ ١٧): وزعم الحاكم فى موضع آخر من مستدركه، بعد =

وقد يتحرر من هذا الاعتلال قياس فيقال: لأنه وهب كسبه لكسب غير معتاض عنه، فجاز له الرجوع فيه؛ كما لو وهب لعبده.

ولأن مال الولد فى يد والده؛ لجواز تصرفه فيه إذا كان صغيرًا وأخذ النفقة منه إذا كان كبيرًا؛ فصارت هبته له وإن خرجت عن يده فى حكم ما وهبه وهو باق فى يده، فإذا جاز أن يرجع فيما وهبه لغيره إذا لم يقبضه؛ لبقائه فى يده، جاز أن يرجع فيما وهبه لولده وإن أقبضه؛ لأنه فى حكم الباقى فى يده.

= أن أخرجه من طريق حماد بن أبى سليمان عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة بلفظ: (وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها) - أن الشيخين أخرجاه باللفظ الأول، ووهم فى ذلك وهمًا لا ينفك عنه؛ لأنه قد استدركه فيما قيل. ثم نقل كلام أبى داود السابق ذكره.

وفى الباب: عن عبد الله بن عمرو، وعبد الله بن عمر، وأبى بردة بن دينار:

- حديث عبد الله بن عمرو:

أخرجه أحمد (٢/١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤)، وأبو داود (٢/٣١١) كتاب البيوع، باب فى الرجل يأكل من ماله ولده (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٣/٦٠٧) كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده (٢٢٩٢)، وابن الجارود (٩٩٥)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٥٨)، والخطيب فى تاريخه (١٢/٩٤) من طرق عنه بلفظ: (إن رجلاً أتى النبى ﷺ فقال: يا رسول الله، إن لى مالاً وولدًا، وإن والدى يجتاح مالى، قال: «أنت ومالك لوالدك، إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم».

واللفظ لأبى داود.

- حديث عبد الله بن عمر:

أخرجه البزار (١٢٥٩ - كشف الأستار) من طريق ميمون بن يزيد عن عمرو بن محمد عن أبيه عنه بلفظ: (أنت ومالك من كسب أبيك).

وقال البزار: لا نعلمه عن ابن عمر مرفوعًا إلا بهذا الإسناد.

قلت: رواه الطبرانى بإسناد آخر من طريق محمد بن أبى بلال التميمى قال: نا خلف بن خليفة عن محارب بن دثار عنه بلفظ: (الولد من كسب الوالد) وهذا السند مما يتعقب به على البزار.

وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/١٥٧) وقال: رواه البزار والطبرانى فى الكبير، وفيه ميمون بن يزيد: لينه أبو حاتم، ووهب بن يحيى بن زمام: لم أجد من ترجمه، وبقية رجاله ثقات.

قلت: ووهب بن يحيى بن زمام هذا هو شيخ البزار.

وقال أيضًا عن إسناد الطبرانى فى الأوسط: وفيه محمد بن أبى بلال، ولم أجد من ترجمه، وبقية رجاله رجال الصحيح.

- حديث أبى بردة بن دينار:

أخرجه الطبرانى فى الكبير كما فى مجمع الزوائد (٤/١٥٧)، وقال: وفيه جميع بن عمير، ضعفه ابن عدى، وقال البخارى، من عتق الشيعة، وهو صالح الحديث .

وتحرير هذا الاستدلال قياسًا: أنها هبة يجوز تصرفه فيها؛ فجاز له الرجوع فيها قياسًا على ما لم يقبض.

ولأن الأب - لفضل حنوه - تباين أحكامه أحكام غيره، فلا يعاديه، ولا تقبل شهادته له، ويجوز أن يتصرف فى يديه بالتزويج وفى ماله بالعقود؛ لفضل الحنو، وانتفاء التهم؛ فجاز أن يخالف غيره فى جواز الرجوع فى الهبة؛ لأن انتفاء التهمة تدل على أن رجوعه فيها، لشدة الحاجة منه إليها.

ولأننا وأبا حنيفة قد أجمعنا على الفرق فى الهبة بين الأجنبى وذى الرحم فلأن يكون الرجوع فيها مع ذى الرحم المباعض دون الأجنبى أولى منه أن يكون مع الأجنبى دون ذى الرحم؛ لثلاثة أمور.

أحدها - النص المعاضد.

والثانى - البعضية الممازجة.

والثالث - التمييز بالأحكام المخصوصة.

وفى هذه المعانى جواب عن أدلتهم.

وجوابهم عن الاستدلال بالثواب، فهو أنه إذا أثيب بالمال، فقد وصل إليه البدل؛ فلم يجز أن يصير جامعًا بينه وبين المبدل، فخالف من لم يصل إليه البدل، على أن ثواب الله - تعالى - إنما يستحقه فى الهبة غير الراجع فيها من الآباء[1].

فرع: فأما إذا وهب لغير ولده، أو ولد ولده، وإن سفل، فليس له أن يرجع فى هبته له بعد إقباضه له، سواء كان ذا رحم محرم، أو أجنبيًّا.

وقال أبو حنيفة: إذا وهب لذى رحم محرم، بحيث لو كان أحدهما أنثى والآخر ذكرًا، لم يحل له نكاحها، مثل: أن يهب لأبيه، أو لجده، أو لعمه، أو لخاله - لم يجز له أن يرجع عليه بعد الإقباض.

وهكذا إذا وهب أحد الزوجين للآخر.

وإن وهب لغير ذى رحم محرم، مثل: أن يهب لابن عمه، أو لابن خاله، أو لابنة عمه، أو كان أجنبيًّا منه - فيجوز له أن يرجع عليه فى هبته له بعد الإقباض؛ لما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال: من وهب لذى رحم محرم هبة، فليس له

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٤٥، ٥٤٧).

أن يرجع فيها، ومن وهب لغير ذى رحم محرم؛ فله أن يرجع عليه إلا أن يثيبه عليه.

دليلنا: ما ذكرناه من حديث ابن عباس، وابن عمر: أن النبى ﷺ قال: «لا يحل للرجل أن يعطى عطية، أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما أعطى ولده. ومثل الراجع فى هبته كمثل الكلب قاء بعد ما شبع، ثم رجع فى قيئه» وهذا أولى من حديث عمر.

وقد روى عن ابن عمر وابن عباس ما يخالف قول عمر أيضًا.

ولأن كل من وجب له القصاص على واهبه لم يملك واهبه الرجوع عليه فى هبته؛ كالأخ طردًا، والوالد عكسًا.

ولأن انتفاء القرابة تمنع من الرجوع فى الهبة المقبوضة، كالزوجين.

ولأنها هبة لا يجوز الرجوع فيها بغير حكم حاكم؛ فلم يجز الرجوع فيها بحكم حاكم؛ كالهبة على الثواب[1].

فرع: وإن تصدق على ابنه وأقبضه، فهل يثبت له الرجوع عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما - من أصحابنا من قال: لا يصح رجوعه عليه؛ اعتبارًا بحكم الصدقات؛ لأن المقصود بالصدقة القربة إلى الله تعالى؛ فلم يصح له الرجوع فيها بعد لزومها، كالعتق. والقصد بالهبة صلة الرحم، وإصلاح حال الولد.

والثانى: وهو المنصوص فى (حرملة): أن له أن يرجع؛ تغليبًا لحكم الهبات لأن الصدقة تفتقر إلى ما تفتقر إليه الهبة، من الإيجاب والقبول والإذن بالقبض، والقبض؛ فكان حكمها حكم الهبة فى الرجوع، بخلاف العتق.

قال فى الحاوى: ولا فرق بين أن يكون الولد ذكرًا أو أنثى، صغيرًا أو كبيرًا، عاقلًا أو مجنونًا، مسلمًا أو كافرًا.

فرع: وإن تداعى رجلان نسب مولود، ووهبا له قبل أن يلحق بأحدهما - لم يجز لأحدهما أن يرجع عليه؛ لأن بنوته لم تثبت من أحدهما. فإن لحق بأحدهما، ففيه وجهان:

أحدهما - يجوز له الرجوع عليه؛ لأن بنوته ثبتت منه.

والثانى - لا يجوز له الرجوع عليه؛ لأنه كان لا يجوز له الرجوع عليه فى حال

---

(١) ينظر الحاوى (٧/٥٤٦، ٥٤٧).

العقد.

فرع: وإن وهب الرجل لولده هبة، وأقبضه إياها، ثم وهبها الولد لولده، أو مات الولد وورثه ولده - فهل يجوز للجد أن يرجع فيها؟ فيه وجهان:

أحدهما - يجوز له الرجع فيها؛ لأن للجد أن يرجع على ولد الولد فيما وهب له وهى فى ملكه.

والثانى - لا يرجع فيها، وهو الأصح؛ لأن الملك لم ينتقل منه إليه، فهو كما لو وهب لأجنبى، ثم وهبها الأجنبى لابن الواهب قال الماوردى: فعلى هذا لو استرجعها الابن من ابنه، ففى رجوع الأب بها وجهان.

وإن ابتاعها الولد من والده، لم يرجع الجد فيها وجهًا واحدًا؛ لأنه إذا لم يثبت الرجوع فيها لمن انتقل منه الملك بها، فَلأَلّا يثبت لمن انتقل منه بها الملك إلى الواهب أولى.

وإن وهب الرجل لولده شيئًا، وأقبضه إياه، فوهبه هذا الولد لأخيه من أبيه فينبغى ألا يثبت للأب فيها الرجوع وجهًا واحدًا؛ لأنه إذا لم يثبت الرجوع لمن انتقل منه الملك، فَلألا يثبت لمن انتقل منه إلى الواهب أولى.

فرع: وإن وهب لولده شيئًا، وأقبضه إياه، فأفلس الولد وحُجرَ عليه - فهل للولد أن يرجع فيما وهبه لولده قبل أن يقسم على الغرماء؟ فيه وجهان:

أحدهما - له أن يرجع فيه؛ لأن حقه أسبق؛ إذ إن الغرماء إنما يثبت حقهم بالحجر، وحق الأب فى الرجوع ثابت بنفس الإقباض؛ فهو أسبق؛ فكان أحق بالرجوع.

والثانى - لا يجوز له الرجوع فيه؛ لأنه بالحجر تعلقت به حقوق الغرماء، فهو كما لو رهنها الولد قال العمرانى: وهو الأصح. وقال ابن الرفعة: وهذا هو الأصح فى الرافعى وتعليق القاضى الحسين والشامل.

فرع: إذا وهب من غلام ولده، ثبت له الرجوع، بخلاف ما لو وهب من مكاتبه.
وإذا أبرأ ابنه من دين له عليه؛ فلا رجوع له إن قلنا: إن الإبراء إسقاط، وإن قلنا: تمليك، ثبت؛ ذكره المتولى وعلى هذا: ينبغى أن يتخرج ما إذا وهب من فقير له عليه دين بنية الزكاة، وإن كان صاحب (التهذيب) قد جزم بعدم الإجزاء.

وإذا وهب لأولاده، وأراد الرجوع فى هبة بعضهم فهل يكره؟ فيه وجهان:

أحدهما - نعم؛ كما تكره هبة بعضهم دون بعض.

والثاني - لا؛ لأن الخبر إنما ورد فى التسوية فى العطاء، لا فى المنع؛ قاله الماوردى[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن زاد الموهوب فى ملك الولد أو زال الملك فيه ثم عاد إليه - فالحكم فيه كالحكم فى المبيع إذا زاد فى يد المشترى، أو زال الملك فيه، ثم عاد إليه ثم أفلس فى رجوع البائع، وقد بيناه فى التفليس.

(الشرح) الأحكام: إذا وهب لولده عينًا وأقبضه إياها، فزادت فى يد الولد - نظرت:

فإن كانت زيادة غير منفصلة عنها، بأن كان عبدًا فسمن، أو تعلم القرآن، أو كانت جارية فسمنت، أو تعلمت صنعة - فللوالد أن يرجع فى العين وزيادتها.

وحكى الطبرى وجهًا لبعض أصحابنا: أنه لا يملك الرجوع هاهنا، وهو قول محمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة: لا يرجع إلا أن تكون الزيادة تعلم قرآن، أو إسلامًا، أو قضاءَ دين؛ فلا تمنع الرجوع.

دليلنا: أنها زيادة فى الموهوب؛ فلا تمنع الرجوع، كما لو حدثت قبل القبض.

وإن كان زيادة منفصلة بأن وهبه نخلة، فأطلعت فى يده وأَبَّرها، ثم رجع الوالد - كانت الثمرة للولد؛ لأنها زيادة حدثت فى ملك الولد، فلم تتبع الأصل، كما قلنا فى الرد بالعيب.

فأما إذا وهبه شاة، أو بقرة حاملًا: فإن رجع الوالد قبل الوضع، رجع فى البهيمة وحملها. وإن وضعت فى يد الولد:

فإن قلنا: للحمل حكم، رجع الوالد فيهما.

وإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فى الأم دون الولد.

وإن وهبها وهى حائل فحملت فى يد الوالد: فإن ولدت فى يد الولد، رجع الولد فى الأم دون الولد؛ لأنه نماء حدث فى يد الولد. وإن رجع فيها قبل الوضع:

فإن قلنا: للحمل حكم، رجع الوالد فى الأم دون الولد.

---

(١) ينظر الكفاية خ.

وإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع الوالد فيهما.

فرع: وإن وهب لولده عينًا، وأقبضه إياها، فأتلفها الولد؛ بأن كان طعامًا فأتلفه، أو عبدًا فقتله - لم يكن للأب أن يرجع فيها؛ لأن حقه يتعلق بالعين، والعين غير موجودة، ولا يرجع فى قيمتها؛ لأن حقه يتعلق بالعين دون القيمة.

وهكذا: لو كانت العين باقية، إلا أنها قد نقصت فى يد الولد، رجع الوالد فيها، ولا يرجع بأرش ما نقصت، كما لا يرجع فى قيمتها إذا كانت تالفة.

وهكذا: لو كان فى معنى الإتلاف؛ بأن كان عبدًا فأعتقه، أو كانت جارية فاستولدها الولد؛ لأن العين باقية، وإنما تلف الرق، فليس للوالد أن يرجع فى العين ولا فى قيمتها.

وإن تصرف الولد فى العين تصرفًا لم يتلفها به، نظرت:

فإن كان تصرفًا لا يقطع تصرف الابن؛ بأن كانت أمة فزوجها الابن، أو أجرها أو دبرها، أو أعتقها بصفة - فللأب أن يرجع فيها؛ لأن تصرف الابن لم ينقطع فيها. فإذا رجع، لم يبطل النكاح، ولا الإجارة، ولكن إذا انقطعا، رجعت المنفعة للأب.

وأما التدبير والعتق بالصفة: فيبطلان؛ لأن ملك الابن قد زال.

وإن كان تصرف الابن قد انقطع عن العين؛ بأن باع العين، أو وهبها وأقبضها - لم يكن للأب أن يرجع لأن تصرف الابن يصح فيها، فهى كما لو تلفت.

فإن عادت العين إلى الابن ببيع، أو هبة، أو إرث، فهل للأب أن يرجع فيها؟ فيه وجهان:

أحدهما - يرجع؛ لأن العين موجودة على صفتها، لم تتغير فى ملك الابن.

والثانى - لا يرجع.

قال الشيخ أبو حامد: وهو الأصح؛ لأن ملك الابن لم يكن من جهة الأب، فهو كما لو وهب له دراهم، فاشترى بها سلعة - لم يكن له الرجوع فيها، وهذا هو الصحيح - أيضًا - عند القاضى الحسين و غيره - قاله ابن الرفعة.

وقد بنى الغزالى هذا الخلاف على أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد.

ولو ارتد الولد وقلنا: الردة لا تزيل الملك، ثبت له الرجوع. وإن قلنا: تزيله، فلا رجوع.

ثم إذا رجع إلى الإسلام ثبت الرجوع[١].

قاله ابن الرفعة، وقال المسعودى:

فإن عاد للإسلام، فهل له الرجوع عليه؟ على الوجهين فى الولد إذا أفلس. وإن قلنا: إن ملكه موقوف، فإن عاد إلى الإسلام، فللأب الرجوع؛ لأنا تبينا أن ملكه لم يزل.

ولو وهب منه عصيرًا، فصار خمرًا، ثم صار خلًّا - فله الرجوع؛ لأن الملك الثابت فى الخل سببه ملك العصير؛ فكأنه الملك الأول بعينه.

وذكر بعضهم وجهين فى أن الملك هل يزول بالتخمير، ووجهين فى عود الرجوع تفريعًا على القول بالزوال.

إذا ثبت هذا: فإن قلنا: إن للأب الرجوع فى الهبة إذا عادت إلى الابن بعد خروجها من ملكه ببيع أو هبة[٢]، وكان الابن قد اشتراها بثمن فى ذمته، وأفلس، وقلنا: إن الإفلاس لا يمنع الأب من الرجوع، والابن لم يدفع ثمن العين - فإن بائعها أحق بها من الأب ومن الغرماء؛ لأن حق البائع تعلق بها من جهة البيع.

وإن كان تصرف الابن انقطع عن العين انقطاعًا مراعًى؛ لأن كان قد رهنه، أو كان عبدًا فكاتبه - فليس للأب أن يرجع فيه فى الحال؛ لأن الابن لا يصح تصرفه فيه فى هذه الحالة لتعلق حق الغير به قبل الرجوع فكذلك الأب.

قال ابن الرفعة: ومنهم من خرج الرجوع فى الكتابة على جواز بيع المكاتب.

قال فى (الذخائر): والمذهب الرجوع، فإذا جوزناه لا تبطل الكتابة.

ثم قال بعض أصحابنا: إذا جوزنا بيع المكاتب يبقى مكاتبًا فى حق المشترى حتى يعتق بأداء النجوم إليه، وأما فى حق الرجوع، ففيه احتمال من حيث إن الرجوع يعتمد رقبة العبد، ويكاد أن يكون رجوعًا فى نجومه.

وحكى الإمام وجهًا فى جواز الرجوع مع بقاء الرهن، كما حكيناه فى جواز الهبة مع وجوده، لكنه يكون موقوفًا[٣].

---

(١) ينظر الكفاية خ.
(٢) ينظر الكفاية خ.
(٣) ينظر الكفاية خ.

فإن فك الرهن، أو عجز المكاتب ففسخت الكتابة، كان للأب أن يرجع؛ لأن ملك الابن قد عاد إليه، هذا هو المشهور.

وقد ادعى الماوردى نفى الخلاف فى جواز الرجوع بعد زوال الكتابة قاله ابن الرفعة.

وحكى القاضى أبو الطيب فى (المجرد) وجهًا آخر فى المكاتب: أنه إذا عجز ورق، كان كما لو باعه، ثم رجع إليه؛ لأن الكتابة تقطع تصرفه فيه، كما لو باعه.

وحكى ابن الرفعة عن الإمام أنه طرد هذا الوجه فيما لو انفك الرهن أيضًا والأول أصح.

فرع: وإن جنى العبد فى ملك الابن فتعلق الأرش برقبته، قال القاضى أبو الطيب: فليس للأب أن يرجع فيه؛ لأن تعلق الأرش برقبته حق فهو كما لو رهنه الابن.

قال: فإن بذل الأب فكه؛ ليرجع فيه، كان له ذلك. ولو كان مرهونًا فبذل الأب فكه ليرجع فيه لم يكن له.

والفرق بينهما: أن فك الرهن فسخ لعقد الموهوب له؛ فلم يكن له ذلك، وهاهنا لم يتعلق به حق من جهة العقد.

وفى تعليق القاضى الحسين: أن له الرجوع فى الجانى، ولا يصير بالرجوع مختارًا للفداء، بل هو بالخيار: إن شاء فداه، وإن شاء سلمه ليباع فى الجناية.

فرع: إذا وهب منه حبًّا فبذره فنبت، أو بيضة فصارت فرخًا - فلا رجوع؛ لأن ملكه صار مستهلكًا، قاله القاضى الحسين.

وقيل: هذا إذا ضمناها للغاصب بذلك، وإلا فقد وجد عين ماله، فيرجع فيها.

ولو كان الموهوب ثوبًا، فصبغه الابن - رجع فى الثوب والابن شريك له بالصبغ.

ولو قصره، أو كان الموهوب حنطة فطحنها، أو غزلًا فنسجه - فإن لم تزد قيمته، فللأب الرجوع، وإن زادت، قال القاضى الحسين: فالظاهر أنه يرجع، ولا شىء للابن كالسمن.

ويحتمل أن يقال: يكون الابن شريكًا؛ كما قلنا فى التفليس، خصوصًا وإذا قلنا: القصارة عين.

وفى (الشامل) وتعليق أبى الطيب: أنَّا إذا قلنا: القصارة عين، فالابن شريك كالمفلس.

وإن قلنا: أثر، فلا شيء له.

ولو كان الموهوب أرضًا، فبنى فيها أو غرس - رجع الأب، ويجبر كالمعير.

وقال القاضى الحسين: فيه قولان؛ كما فى التفليس:

أحدهما - لا يرجع

والثانى - يرجع فى العرصة دون البناء والغراس.

وإذا وطئ الابن الجارية الموهوبة ولم يحبلها، لم يمتنع الرجوع على الأصح(١).

فرع: ولا يصح رجوع الأب فى هبته إلا بالقول الصريح، سواء كان الابن صغيرًا أو كبيرًا، بخلاف هبته لابنه الصغير حيث جوزناها بالنية فى أحد الوجهين؛ لأنه استرجاع ملك، فكان أغلظ.

ثم لا يصح أن يكون الرجوع معلقًا بصفة حتى لو قال: إذا دخلت الدار، فقد رجعت فى هبتى لابنى، لم يجز.

وهل يجوز ذلك فى رجوعه فى الوصية؟ على وجهين:

أحدهما - لا يجوز؛ كالهبة.

والثانى - يجوز؛ لأنه لما جازت الوصية بالصفة، جاز الرجوع فيها بالصفة(٢).

إذا ثبت هذا، فإن قال الأب: ارتجعتها منك، أو رجعت فيما وهبته لك، أو استرددت المال، أو رددته إلى، أو أبطلت الهبة أو نقضتها - فإن كل ذلك صريح فى الرجوع.

وعن الرويانى فى (أبطلت الهبة)، و (فسختها): أنها كناية.

ثم إنه لا يفتقر الرجوع إلى قضاء قاض.

وقال أبو حنيفة: لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض.

دليلنا: أنه خيار فى فسخ عقد؛ فلا يفتقر إلى قضاء قاض، كفسخ العقد فى خيار

---

(١) ينظر الكفاية خ.

(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٤٩).

الثلاث.

وإن كان الموهوب جارية فوطئها الأب - فهل يكون رجوعًا؟ فيه وجهان:

أحدهما - يكون رجوعًا؛ كما لو وطئ البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار، فى حال الخيار.

والثانى - لا يكون رجوعًا؛ لأن ملك الابن ثابت عليها؛ فلا يزول إلا بصريح الرجوع، بخلاف المبيع؛ فإن الملك ثَمَّ ضعيف، قال ابن الرفعة: وهذا هو الأصح فى (الشامل) وتعليق القاضى الحسين، وأشار الإمام إلى وجه ثالث، وهو أن مجرد الوطء ليس برجوع، لكن إذا أحبلها كان رجوعًا.

ثم الخلاف المذكور يجرى فيما إذا باع الواهب الموهوب، أو وهبه من غيره وأقبضه، أو أعتقه، أو أتلف الطعام الموهوب.

وفى (التتمة): أن الإتلاف لا يكون رجوعًا.

وإذا قلنا: إن البيع والهبة رجوع، فهل يصح البيع والهبة؟ فيه وجهان.

وحكى الفورانى فى مسألة البيع ثلاثة أوجه:

أصحها: صحة البيع، وأنه رجوع.

والثانى - لا يصح، ولا يكون رجوعًا.

والثالث - لا يصح البيع، ويكون رجوعًا.

وهذه الأوجه يوجد نظيرها فى البيع فى زمن الخيار.

ولا نزاع فى أن الأب لا يحل له وطء الجارية الموهوبة، ولو جعلنا وطأه رجوعًا، بخلاف الجارية المبيعة.

والفرق: أنا لو أحللناه له، لكانت الأمة فى وقت واحد حلالًا لشخصين الأب والابن؛ وذلك ممتنع(١).

فرع: إذا أقر الأب بأن هذه العين ملك ابنى، وهى فى يدى أمانة، ثم ادعى بعد ذلك بأن المقر به كان نِحْلة، وقد رجعت فيه، وكذبه الولد - جزم القاضى الحسين فى التعليق هنا بأن القول قول الولد.

وقال فى فتاويه: الظاهر: أن القول قوله أيضًا.

---

(١) ينظر الكفاية خ.

وأفتى القاضى أبو سعد فى هذه المسألة بـ (هراة) بإثبات الرجوع؛ لأن الإقرار المطلق ينزل من السببين فى الملك كما ينزل من المقدارين على أقلهما؛ استبقاء للأصل القديم، والسبب الضعيف هنا كون ذلك عن هبة.

وأفتى الشيخ أبو الحسن العبادى والقاضى أبو الطيب والماوردى بمنع الرجوع؛ لأن الأصل بقاء الملك له.

قال ابن الرفعة: وهذا الذى يترجح فى ظنى نظير لما ذكره الأكثرون غير القاضى فيه، وإن كان النووى قد صحح الرجوع، فإن مرادهم بأقل المقدارين: إذا قال: له علىَّ مال عظيم، أو دراهم، حمل على أقل ما يتمول وأقل الجمع، وإنما كان ذلك؛ لأن الأقل اعتضد بالأصل، وهو براءة الذمة مما زاد على ذلك.

وهاهنا أضعف السببين عارضه أن الأصل بقاء الملك، وكما عمل ثَمَّ بأضعف السببين؛ لأجل اعتضاده بالأصل - وجب أن يعمل هاهنا بأقوى السببين؛ لقوته واعتضاده بالأصل من طريق الأولى.

ومما يؤيد ذلك: أن الإقرار للوارث بالعين والدين معمول به على الصحيح باتفاق، وقياس تنزيل الإقرار على أضعف السببين مطلقًا تنزيله على الهبة، وهو إذا نزل على الهبة، فأضعف الحالتين فيها حالة المرض مع أن الأصل عدم تقدم الهبة عليه؛ فكان مقتضى ذلك أن يكون الصحيح يرد الإقرار للوارث خصوصًا إذا نازعه بقية الورثة أو الغرماء، ولم يعرف من قال به.

وقد رأيت للنووى التسوية بين الأب والأم والجدة فى ذلك والتصحيح فى الكل لقبول التفسير.

وعندى فى ذلك نظر: فإن الأب يقدر على النقل من غير واسطة، ولا كذلك الأم والجدة إذا لم تثبت لهما الولاية، فإن كان ما قاله نقلًا، وجب اتباعه. وإن كان تخريجًا، ففيه ما ذكرناه. انتهى كلام ابن الرفعة(١).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وهب شيئًا لمن هو دونه - لم يلزمه أن يثيبه بعوضٍ؛ لأن القصد من هبته الصلة، فلم تجب المكافأة فيه بعوضٍ كالصدقة.

---

(١) ينظر الكفاية خ.

وإن وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضًا أن يثيبه؛ لأن القصد من هبته اكتساب المحبة وتأكيد الصداقة.

وإن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان:

قال «فى القديم»: لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوضٍ؛ لأن العرف فى هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض، فيصير ذلك كالمشروط.

وقال «فى الجديد»: لا يجب؛ لأنه تمليك بغير عوضٍ، فلا يوجب المكافأة بعوضٍ؛ كهبة النظير للنظير.

فإن قلنا: لا يجب، فشرط فيه ثوابًا معلومًا، ففيه قولان:

أحدهما: يصح؛ لأنه تمليك مالٍ بمالٍ، فجاز؛ كالبيع، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة فى الربا والخيار وجميع أحكامه.

والثانى: أنه باطل؛ لأنه عقد لا يقتضى العوض، فبطل شرط العوض - كالرهن؛ فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد فى جميع أحكامه.

وإن شرط فيه ثوابًا مجهولًا - بطل قولًا واحدًا؛ لأنه شرط العوض، ولأنه شرط عوضًا مجهولًا.

وإن قلنا: إنه يجب العوض ففى قدره ثلاثة أقوالٍ:

أحدها: أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى؛ لما روى ابن عباسٍ - رضى الله عنه - أن أعرابيًا وهب للنبى هبةً فأثابه عليها، وقال: أرضيت؟ قال: لا. فزاده، وقال: أرضيت؟ فقال: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «لقد هممت ألا أتهب إلا من قرشى أو أنصارى أو ثقفى».

والثانى: يلزمه قدر قيمته؛ لأنه عقد يوجب العوض، فإذا لم يكن مسمى - وجب عوض المثل؛ كالنكاح.

والثالث: يلزمه ما جرت العادة فى ثواب مثله؛ لأن العوض وجب بالعرف، فوجب مقداره فى العرف.

فإن قلنا إنه يجب العوض، فلم يعطه - ثبت له الرجوع، فإن تلفت العين، رجع بقيمتها؛ لأن كل عينٍ ثبت له الرجوع بها إذا تلفت - وجب الرجوع إلى بدلها؛ كالمبيع.

ومن أصحابنا من قال: لا يجب؛ لأن حق الواهب فى العين وإن نقصت العين -

رجع فيها.

وهل يرجع بأرش ما نقص؟ فيه وجهان: كالوجهين فى رد القيمة إذا تلفت.

وإن شرط عوضًا مجهولًا - لم تبطل؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد؛ لأن العقد على هذا القول يقتضى عوضًا مجهولًا، وإن لم يدفع إليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلافٍ.

وإن شرط عوضًا معلومًا - ففيه قولان:

أحدهما: أن العقد يبطل؛ لأن العقد يقتضى عوضًا غير مقدرٍ، فبطل بالتقدير.

والثانى: يصح؛ لأنه إذا صح بعوضٍ مجهولٍ، فلأن يصح بعوضٍ معلومٍ أولى.

(فصل) وإن اختلف الواهب والموهوب له: فقال الواهب؛ وهبتك ببدلٍ، وقال الموهوب له: وهبتنى على غير بدلٍ - ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول الواهب؛ لأنه لم يقر لخروج الشىء من ملكه إلا على بدلٍ.

والثانى: أن القول قول الموهوب له؛ لأن الواهب أقر له بالهبة، وادعى بدلًا الأصل عدمه.

(الشرح) حديث ابن عباس أخرجه أحمد[1] وابن حبان[2]، والبزار[3]، والطبرانى[4]، من حديث ابن عباس.

وقال الهيثمى فى المجمع[5]: رواه أحمد والبزار، ورجال أحمد رجال الصحيح. وله شاهد من حديث أبى هريرة: أخرجه أبو داود[6]، والترمذى[7].

قوله: (أن يثيبه)[8] الثواب فى الهبة وغيرها، أصله: الرجوع، يقال: ثاب يثوب ثوبًا وثوبانًا: إذا رجع بعد ذهابه؛ كأن الثواب يرجع إليه بعد ذهاب الموهوب من

---

(١) (١/ ٢٩٥).
(٢) (١١٤٦ - موارد).
(٣) (٢/ ٣٩٤ - كشف) رقم (١٩٣٨).
(٤) (١١/ ١٨) رقم (١٠٨٩٧).
(٥) (٤/ ١٥١).
(٦) (٣/ ٢٩٠ - ٢٩١) كتاب البيوع، باب: فى قبول الهدايا حديث (٣٥٣٧).
(٧) (٥/ ٦٨٦) كتاب: المناقب حديث (٣٩٤٥).
(٨) ينظر: النظم (٢/ ٩٥).

يده، وبعد عمله للخير، والمقصود بالثواب فى الهبة: العوض المالى.

الأحكام: اعلم أن الهبة نوعان:

نوع لا يقتضى المكافأة، ونوع يقتضيه.

فأما ما لا يقتضى المكافأة، فمن ثمانية أوجه.

أحدها - هبة الإنسان لمن دونه؛ لأن المقصود بها التفضل.

والثانى - هبة الغنى للفقير؛ لأن المقصود بها النفع.

والثالث - هبة البالغ العاقل للصبى أو المجنون؛ لأنها ممن لا يصح الاعتياض منه.

والرابع - الهبة للأهل والأقارب؛ لأن المقصود بها صلة الرحم.

والخامس - الهبة للمنافر المعادى؛ لأن المقصود بها التآلف.

والسادس - الهبة للعلماء والزهاد؛ لأن المقصود بها القربة والتبرر.

والسابع - الهبة للأصدقاء والإخوان؛ لأن المقصود بها تأكيد المودة.

والثامن - الهبة لمن أعان بجاه أو بمال؛ لأن المقصود بها المكافأة.

فهذا النوع من الهبة على هذه الأوجه الثمانية لا يستحق عليها المكافأة، وإذا قبضها الموهوب له بعد القبول، فقد ملكها ملكًا مستقرًا كالذى يملك بابتياع أو ميراث.

وأما ما يقتضى المكافأة فهو ما سوى هذه الوجوه مما يظهر أن المقصود بها طلب المكافأة عليها، ففى وجوب المكافأة قولان[1].

هكذا ذكره الماوردى، وجملة هذا - كما ذكره المصنف وصاحب البيان - أن الواهبين على ثلاثة أضرب:

أحدها - هبة الأعلى للأدنى، مثل: أن يهب السلطان لبعض الرعية، أو يهب الغنى للفقير - قال الشيخ أبو حامد : أو يهب الأستاذ لغلامه - فهذه لا تقتضى الثواب؛ لأن القصد من هذه الهبة القربة إلى الله تعالى، دون المجازاة.

والثانى - هبة النظير للنظير: كهبة السلطان لمثله، أو الغنى لمثله؛ فهذه لا تقتضى الثواب أيضًا؛ لأن القصد بهذه الهبة الوصلة والمحبة.

---

(١) ينظر الحاوى (٧/٥٤٩) .

الثالث - هبة الأدنى للأعلى، مثل: أن يهب بعض الرعية للسلطان شيئًا، أو يهب الفقير للغنى، أو يهب الغلام لأستاذه، ففيه قولان:

قال فى القديم: يلزمه أن يثيبه، وبه قال مالك؛ لقوله ﷺ: «إِنَّا نَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ، ونُكَافِئُ عَلَيْهَا»[(١)]، وقوله: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ عليها»[(٢)]، ولرواية أبى هريرة - رضى الله عنه - أن أعرابيًّا أهدى إلى رسول الله ﷺ ناقة، فكافأه، فلم يرض، فكافأه، فلم يرض، فلم يزل يكافئه حتى رضى، ثم قال: «هَمَمْتُ أَلَّا أَتَّهِبَ إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أو أنصارى أو ثقفى» وإنما خص هذا؛ لأنهم مشهورون بسماحة النفوس وقلة الطمع، فلولا وجوب المكافأة لما صبر على طمع الأعرابى وأذاه[(٣)].

ولما روى عن عمر - رضى الله عنه -: أنه قال: «من وهب هبة يرجو ثوابها، فهى رد على صاحبها ما لم يثب عليها»[(٤)].

وروى: أن رجلًا سأل فضالة بن عبيد، فقال: إنى أهديت إلى رجل بازيا فلم يثبنى عليه، فقال إن أثابك وإلا فارجع، وخذ بازيك.

ولأن العرف والعادة: أن من وهب لمن أعلى منه، إنما يقصد به الثواب من المال؛ فصار هذا العرف كالشرط.

وهذا ما رجحه الشيخ أبو محمد والرويانى وصاحب المرشد، وطرده بعض المراوزة فى الهبة للمساوى، وطرده صاحب التهذيب فى هبة الأعلى للأدنى.

والقول الثانى - وبه قال فى (الجديد)، وهو مذهب أبى حنيفة -: أن المكافأة عليها غير واجبة؛ لقوله ﷺ «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

---

(١) تقدم .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٤/ ٥٧) كتاب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها (٢٣٨٧)، والدارقطنى (٣/ ٤٤)، والبيهقى (٦/ ١٨١) من حديث أبى هريرة، وذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٧٥٤) وقال: والمحفوظ عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر، قال البخارى: هذا أصح .

(٣) ينظر الحاوى (٧/ ٥٤٩، ٥٥٠) .

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٥٤) كتاب الأقضية، باب القضاء فى الهبة (٤٢)، ومن طريقه البيهقى (٦/ ١٨٢) بنحوه، وأخرجه البيهقى (٦/ ١٨١) من وجه آخر بلفظ أقرب من سابقه .

ولأن ما صح تملكه من غير ذكر بدل، لم يستحق فيه البدل؛ كالوصية والصدقة.

ولأن العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف العاقدين لها؛ اعتبارًا بسائر العقود من البيع والإجارة فى استحقاقه، والوصية والعارية فى إسقاطه[١]؛ لأنه تمليك بغير عوض، فلم يقتض ثوابًا؛ كهبة الأعلى لمن هو دونه. وما روى عن عمر وفضالة بن عبيد، فقد روى عن ابن عباس وابن عمر خلافه.

قال ابن الرفعة: ثم محل الخلاف عند بعض الأصحاب فيما إذا نوى الثواب عند الهبة، أما إذا لم ينوه، لم يستحقه وجهًا واحدًا، وقد يستدل له بما سبق أن ذكرناه عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال: «من وهب هبة يرجو ثوابها فهى رد على صاحبها ما لم يثب عليها[٢]».

وقد حكى صاحب البيان تلك المسألة عن بعض الخراسانيين، وذكر أنهم قالوا: إنها على قولين، ثم قال: فإن قلنا: لا يستحق إلا مع النية، فاختلفا: هل نوى أم لا؟ ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول الواهب؛ لأن الأصل أنه لم يرض بزوال ملكه بغير عوض.

والثانى: أن القول قول الموهوب له؛ لأن الأصل عدم النية.

قال ابن الرفعة: ثم الخلاف فى الهبة بعينه يجرى فى الهدية؛ كما صرح به البندنيجى فى كتاب (الشفعة)، بل من طريق الأولى؛ لأن العرف الغالب اقتضى الثواب فيها دون الهبة[٣].

فرع: فإذا قلنا بقوله الجديد، وأن الهبة لا تقتضى الثواب - نظرت:

فإن وهب لمن هو أعلى منه من غير شرط الثواب، فوهب الموهوب له للواهب هبة - كان ذلك ابتداء عطية تلزم بالقبض، ولا يتعلق حكم واحدة من الهبتين بالأخرى، فإن خرجت إحداهما معيبة أو مستحقة لم يرجع صاحبها بهبته.

وإن وهبه بشرط الثواب: فإن كان ثوابًا مجهولًا، بطلت الهبة؛ لأنه شرط ينافى مقتضى الهبة.

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٥٠).
(٢) ينظر الكفاية خ.
(٣) ينظر الكفاية خ.

ولأنه شرط ثوابًا مجهولًا؛ فلم يصح؛ كالبيع بثمن مجهول.

فإن قبضها الموهوب له، كان حكمه حكم البيع الفاسد.

لكن هل يضمن العين فى هذه الحالة إذا تلفت فى يده؟ قال ابن الرفعة: المفهوم من كلام الشيخ - أى: المصنف فى (التنبيه) - الآتى من بعد: أنه يضمن؛ تغليبًا لشائبة البيع.

وكان يتجه أن يقال لا بتغلب شائبة الهبة؛ لأن اللفظ لها، وعلى هذا يكون فى الضمان وجهان، أو قولان؛ كما فى الهبة الفاسدة[1]. اهـ.

وإن شرط ثوابًا معلومًا، فهل تصح الهبة؟ فيه وجهان:

أحدهما - لا تصح الهبة؛ لأنه شرط ينافى مقتضاها، فلم تصح، كما لو عقد النكاح بلفظ الهبة؛ وهذا ما رواه الربيع. وقال البندنيجى: إنه ليس بشىء.

فعلى هذا: إذا قبضه كان حكمه حكم البيع الفاسد.

والثانى - تصح الهبة، ويلزم الموهوب الثواب المشروط؛ لأن الهبة تمليك العين، وقد ثبت أنه لو قال: ملكتك هذه العين، ولم يذكر العوض - كان هبة. ولو قال: ملكتكها بدينار، صح وكان بيعًا؛ فكذلك الهبة بالعوض وهذا ما نص عليه فى المختصر فى كتاب الشفعة، وصححه الرافعى.

فإذا قلنا بهذا: فحكمه حكم البيع الصحيح فى خيار المجلس، والثلاث، والرد بالعيب والشفعة. هذا نقل أصحابنا البغداديين.

وقال الخراسانيون: هل حكمه على هذا القول حكم البيع أو حكم الهبة؟ فيه قولان:

أحدهما - حكمه حكم البيع اعتبارًا بالمعنى؛ لوجود العوض فيه.

والثانى - حكمه حكم الهبة؛ اعتبارًا باللفظ.

وإن قال: وهبتك درهمًا بدرهمين، لم يصح على الطريقين؛ لأنه ربا.

وإذا قلنا: تصح الهبة إذا شرط ثوابًا معلومًا، فاختلفا، فقال: وهبت منك بثواب، وقال المتهب: بل بغير ثواب - فمن القول قوله؟ فيه وجهان:

الذى أجاب به ابن كجٍّ: أنه قول الواهب.

---

(١) ينظر الكفاية خ.

وفى (الجيلى) تفريعًا على هذا القول: أنه يكون هبة قال ابن الرفعة: وهذا لا يفهم[١].

قال الماوردى: فإذا قلنا ببطلان الهبة عند اشتراط الثواب: معلومًا كان أو مجهولًا، فالموهوب له ضامن لها بالقبض؛ لأنها مقبوضة على وجه المعاوضة، وعليه ردها؛ لفساد العقد، فلو تلفت فى يده كان ضامنًا لها كالمقبوض من بيع فاسد بأكثر ما كانت قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف على أصح المذهبين فى ضمان البيع الفاسد.

ولو نقصت مع بقاء عينها، ضمن قدر نقصها.

وإذا قلنا بصحة الهبة عند اشتراط الثواب المعلوم، فهى كالبيع المحض يستحق فيه خيار المجلس بالعقد وخيار الثلاث بالشرط، ويجوز اشتراط الرهن والضمين فيه، وإن استحقت الهبة وجب رد الثواب، وإن استحق الثواب وجب رد الهبة، إن كان الثواب معينًا، أو غرم مثله مع بقاء الهبة إن كان الثواب موصوفًا. وإن ظهر فى الهبة عيب، كان الموهوب له بالخيار بين المقام والفسخ[٢].

فرع: وإن قلنا بقوله القديم إن الثواب واجب، والمكافأة مستحقة - لم يخل من ثلاث أحوال الأولى: إن أطلق ولم يشرط الثواب، فالموهوب له بالخيار: بين أن يثيبه، وبين أن يرد الموهوب.

فإن اختار أن يثيبه: ففى قدر ما يلزمه ثلاثة أقوال:

أحدها - يلزمه أن يثيبه إلى أن يرضى الواهب؛ لما ذكرناه عن أبى هريرة: أن أعرابيًا أهدى للنبى ﷺ ناقة، فأعطاه بدلها ثلاثًا، فلم يرض، ثم أعطاه ثلاثًا، فلم يرض، ثم أعطاه ثلاثًا، فرضى، فقال النبى ﷺ: «لقد هممت ألا أتهب هبة إلا من قرشى، أو أنصارى، أو ثقفى، أو دَوْسِىٍّ»[٣].

والثانى: يلزمه أن يثيبه بقدر قيمة الهبة، لا يلزمه الزيادة عليها، ولا يجزئه النقصان منها - وهو قول مالك - لأن كل عقد اقتضى العوض إذا لم يسم فيه عوض، وجبت فيه قيمة المعوض، كالنكاح.

---

(١) ينظر الكفاية خ.
(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٥٠) .
(٣) تقدم .

وهذا ما رجحه الإمام والروياني.

فعلى هذا: أي وقت يعتبر؟

فيه وجهان عن رواية صاحب (التقريب):

أحدهما - يوم القبض، وهو الأظهر.

والثاني - يوم الثواب[١].

والقول الثالث - يلزمه أن يثيبه ما يكون ثوابًا لمثله في العادة؛ لأن هذا الثواب وجب بالعرف؛ فوجب قدره بالعرف.

ولأن الرضا لا ينحصر؛ فكان العرف أولى منه بالاعتبار وهذا ما اختاره في المرشد.

وحكى المسعودي وجهًا آخر: أنه يلزمه أن يثيبه ما يقع عليه الاسم؛ لأنه رضي بزوال ملكه بعوض، وقد يشترى الشيء النفيس بالثمن القليل.

وفي (الوجيز) أنه يلزمه - على قول - ما يزيد على القيمة، ولو بقليل.

قال الرافعي: ولم أره بهذه العبارة لغيره، ولا له في غير هذا الكتاب، فلعله محمول على ما يكون ثوابًا لمثله في العادة؛ إذ العادة تقتضي زيادة عن القيمة.

وعلى الأقوال كلها: لا يتعين للثواب جنس من الأموال، بل الخيرة فيه إلى المتهب[٢].

وقال الماوردي - بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة الأول -:

فعلى هذا يكون الموهوب له بالخيار بين أن يكافئ في مقدار ما ذكرناه من الثواب، وبين أن يرد الهبة، ولا خيار للواهب في أحد الأمرين.

فإن رد الهبة، لم يكن للواهب أن يطالبه بالثواب.

فإن ردها ناقصة: فإن كان نقصها بفعله، ضمنه للواهب. وإن كان بغير فعله، ففي ضمانه إياه وجهان:

أصحهما - عليه ضمانه

والثاني - لا يضمنه.

وإن ردها وقد زادت: فإن كانت الزيادة لا تتميز: كالطول، والسِّمَن، أخذها

---

(١) ينظر الكفاية خ.
(٢) ينظر الكفاية خ.

الواهب زائدة؛ لأن ما لا يتميز من الزيادات تبع للأصل. وإن كانت الزيادة متميزة فهى للموهوب له كالنتاج والثمرة؛ لحدوثها على ملكه، ولا يلزمه دفعها إلى الواهب إن رد عليه الهبة.

وإن لم يرد الهبة وكافأه عليها بما ذكرناه من الثواب فيها، فالواهب بالخيار بين أن يقبل المكافأة وبين ألا يقبل، ولا خيار له فى استرجاع الهبة.

فإن قبل المكافأة، ثم استحقت من يده، فالموهوب له بالخيار بين أن يكافئه ثانية وبين أن يرد الهبة.

ولو استحقت الهبة دون المكافأة، كان للموهوب له أن يرجع بالمكافأة، فلو قال الواهب: أنا أهب لك مثل تلك الهبة، ولا أرد المكافأة - لم يكن ذلك له، بخلاف استحقاق المكافأة[1].

قال صاحب البيان: فإن لم يثبه الموهوب، فللواهب أن يرجع فى العين الموهوبة إن كانت باقية؛ لأنه لم يرض بزوال ملكه عنها إلا بعوض، ولم يحصل العوض. فإن كانت زائدة زيادة متصلة، رجع فيها وبزيادتها.

وإن كانت زائدة زيادة منفصلة، رجع فيها دون الزيادة، كما قلنا فى هبة الأب لولده.

وإن كانت العين تالفة، فهل يرجع عليه بقيمتها؟ فيه قولان:

أحدهما - لا يرجع عليه بقيمتها؛ لأنها تلفت فى ملكه، فهو كما لو وهب الأب لابنه عينًا وتلفت فى يده.

والثانى: يرجع عليه بقيمتها؛ لأنه ملكها بعوض، فإذا تلفت ضمنها بقيمتها. والمذهب الأول.

وفى الحاوى: فلو لم يكافئه الموهوب له على الهبة حتى تلفت فى يده بغير فعله، ففى وجوب الثواب عليه قولان:

أحدهما - لا يجب عليه الثواب؛ لأنه إنما يجب عليه أن يكافئ ويثيب فى الحال التى إن رد لم يثب فعلى هذا تتلف غير مضمونة عليه.

والقول الثانى - أن الثواب واجب عليه؛ لاستحقاقه بالعقد، فإن أثاب، وإلا

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٥١).

ضمنها بالقيمة؛ لتلفها عن بدل فائت[(١)].

وإن وجد العين وقد نقصت فى يد الموهوب له، رجع الواهب فيها، وهل يرجع عليه بأرش النقص؟ على وجهين:

ولو لم يكافئ الموهوب له عن نفسه، وكافأه عن غيره، جاز، ولا رجوع للواهب؛ لوصول الثواب إليه، ولا رجوع للمكافئ على الموهوب له بما أثاب عنه وكافأه؛ لأنه متطوع؛ إلا أن يكافئ بأمره فيرجع عليه[(٢)].

والحال الثانية - أن يشترط ثوابًا مجهولًا؛ بأن قال: وهبتك على أن تثيبنى، فقال: قبلت - صحت الهبة؛ لأن الهبة تقتضى الثواب، وشرطه تأكيد.

وحكى الغزالى وجهًا: أنها تبطل؛ بناءً على أن ذكر العوض يلحقه بالبيع، وإذا كان بيعًا بطل؛ لجهالة العوض. والقائلون بالصحة يقولون: إنما نجعله بيعًا إذا تعذر جعله هبة وهاهنا اللفظ والمعنى متطابقان؛ فلا معنى لجعله بيعًا[(٣)].

فإن قلنا بصحة الهبة هاهنا، فإن حكمها وحكم الثواب عليها على ما مضى فى الحال الأولى، فيه ثلاثة أقاويل، غير أن الهبة لو تلفت فى يده مع هذا الشرط لزمه أن يثيب أو يضمن القيمة قولًا واحدًا.

والحال الثالثة: أن يشترط ثوابًا معلومًا.

فهل يصح؟ فيه قولان:

أحدهما - لا تصح؛ لأن الهبة تقتضى ثوابًا مجهولًا فإذا شرط ثوابًا معلومًا فقد شرط ما ينافى مقتضاها فلم يصح فعلى هذا حكمه حكم البيع الباطل؛ لأنه لم يرض بإزالة ملكه إلا ببدل، ولم يسلم له، فإذا تلف، ضمن قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف؛ على أصح الوجوه، ولو نقصت ضمن النقص[(٤)].

والثانى - يصح ويكون حكمه حكم البيع الصحيح؛ نظرًا إلى المعنى ولأن الهبة إذا صحت بشرط الثواب المجهول؛ فلأن تصح مع المعلوم أولى.

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٥١).
(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٥١).
(٣) ينظر الكفاية خ.
(٤) ينظر الكفاية خ.

وهذا ما صححه الرافعى، فعلى هذا يثبت خيار المجلس والشرط، والرد بالعيب، والشفعة قال ابن الرفعة: ومقتضى ما ذكره الشيخ - أى المصنف - فى التنبيه: أن يلزم هذا العقد بمجرده، وتثبت هذه الأحكام.

وحكى المراوزة وجهًا: أنه ينعقد هبة، نظرًا إلى اللفظ، ويتعين الثواب، ولا يفسد العقد؛ لأنه إذا صح مع جهالة الثواب فمع معرفته أولى.

فعلى هذا: لا يثبت خيار ولا شفعة، ولا يلزم إلا بالقبض وهذا ما أفهمه كلام الماوردى حيث قال: وعلى هذا القول يكون الفرق بينه وبين البيع: أنه فى الهبة إذا شرط الثواب المعلوم يكون مخيرًا بين دفع الثواب وبين رد الهبة، وفى البيع يلزم دفع الثمن ولا خيار ثم هما فيما سوى ذلك على سواء.

ولو كافأه على هذا بدون المشروط، إلا أنه قريب منه ففى شرح القاضى ابن كج وجهان فى أنه هل يجبر على القبول؛ لأن العادة فيه المسامحة، أم لا؟[1]

فرع: وإن اختلفا فقال الواهب: وهبتك ببدل، وقال الموهوب له: وهبتنى بغير بدل، ففيه وجهان:

أحدهما - القول قول الواهب مع يمينه؛ لأنه لم يقر بخروج ملكه إلا ببدل.

والثانى - القول قول الموهوب له؛ لأن الأصل براءة ذمته وعدم شرط البدل.

وإن وهبه جارية هبة تقتضى الثواب، فقبضها الموهوب له، ووطئها، ولم يُثَب الواهب - فللواهب أن يرجع فى جاريته، ولا مهر على الموهوب له؛ لأنه وطئها فى ملكه، فهو كما لو وهب الأب لابنه جارية فوطئها الابن ثم رجع الأب عليه؛ فإنه لا مهر عليه.

وإن وهب له ذهبًا أو فضة هبة تقتضى الثواب، فإنه أثابه من جنس الأثمان، نظرت:

فإن كان بعد التفرق، صح ذلك، ويعتبر التساوى بينهما إن كانا من جنس واحد؛ كما قلنا فى البيع.

وإن كان بعد التفرق، بطلت الهبة؛ لأن ذلك معاوضة.

وإن أثابه من غير جنس الأثمان، جاز، سواء كان قبل التفرق أو بعد التفرق، كالبيع.

---

(١) ينظر الكفاية خ.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب العمرى والرقبى

العمرى: هو أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، أو جعلتها لك عمرك.

وفيها ثلاث مسائل:

إحداها: أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، ولعقبك بعدك: فهذه عطية صحيحة، تصح بالإيجاب والقبول، ويملك فيها بالقبض.

والدليل عليه ما روى جابر - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجلٍ أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى أعطيها لا ترجع إلى الذى أعطاها»؛ لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث.

والثانية: أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، ولم يشرط شيئًا - ففيه قولان:

قال «فى القديم»: هو باطل؛ لأنه تمليك عينٍ قدر بمدةٍ، فأشبه إذا قال: أعمرتك سنةً، أو أعمرتك حياة زيدٍ.

وقال «فى الجديد»: هو عطية صحيحة، ويكون للمعمر فى حياته، ولورثته بعده، وهو الصحيح؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر عمرى حياته فهى له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من بعده» ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك، وتنتقل إلى الورثة، فلم يكن ما جعله له فى حياته منافيًا لحكم الأملاك.

والثالثة: أن يقول: أعمرتك حياتك فإن مت عادت إلى إن كنت حيًا وإلى ورثتى إن كنت ميتًا؛ فهى كالمسألة الثانية، فتكون على قولين:

أحدهما: تبطل.

والثانى: تصح؛ لأنه شرط أن تعود إليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر فى حق المعمر؛ فيصير وجوده كعدمه.

(فصل) وأما الرقبى؛ فهو أن يقول: أرقبتك هذه الدار، أو دارى لك رقبى، ومعناه: وهبت لك، وكل واحدٍ منا يرقب صاحبه.

فإن مت قبلى - عادت إلى، وإن مت قبلك - فهى لك.

فتكون كالمسألة الثالثة من العمرى، وقد بينا أن الثالثة كالثانية؛ فتكون على

قولين.

وقال المزنى: الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتًا، وهذا خطأ؛ لما روى عبد الله بن الزبير - رضى الله عنهما - أن النبى ﷺ قال: «من أعمر عمرى أو أرقب رقبى فهى للمعمر يرثها من يرثه».

(الشرح) حديث جابر الأول أخرجه مالك(١)، ومسلم(٢)، وأبو داود(٣)، والترمذى(٤)، والنسائى(٥)، وابن ماجه(٦)، والطيالسى(٧)، وابن الجارود(٨)، وأبو يعلى(٩)، وابن حبان(١٠)، والشافعى(١١)، وأحمد(١٢)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار(١٣)، والبيهقى(١٤)، والبغوى فى شرح السنة(١٥) من طريق أبى سلمة بن عبد الرحمن بن جابر، به.

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

ومن طريق أبى سلمة أخرجه البخارى(١٦) بلفظ: قضى النبى ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له.

وأما حديث جابر الثانى فأخرجه مسلم(١٧)، والنسائى(١٨)، وأحمد(١٩)، وابن

(١) (٢/٧٥٦) كتاب: الأقضية، باب: القضاء فى العمرى، حديث (٤٣).
(٢) (٣/١٢٤٥) كتاب: الهبات، باب: العمرى، حديث (٢٠/١٦٢٥).
(٣) (٣/٨١٩) كتاب: البيوع والإجارات، باب: فى العمرى له ولعقبه، حديث (٣٥٥٣).
(٤) (٣/٦٣٢) كتاب: الأحكام، باب: فى العمرى، حديث (١٣٥٠).
(٥) (٦/٢٧٤ - ٢٧٥) كتاب العمرى.
(٦) (٢/٧٩٦) كتاب: الهبات، باب: العمرى، حديث (٢٣٨٠).
(٧) (١/٢٨١ - منحة) رقم (١٤٢٤).
(٨) (٩٨٧).
(٩) (٤/٧١ - ٧٢) رقم (٢٠٩٢، ٢٠٩٣).
(١٠) (٥١٠٨، ٥١١٣، ٥١١٥، ٥١١٦ - الإحسان).
(١١) (٢/١٦٨) كتاب: الهبة والعمرى، حديث (٥٨٨).
(١٢) (٣/٣٩٣، ٣٩٩).
(١٣) (٤/٩٢).
(١٤) (٦/١٧٢) كتاب: الهبات، باب: العمرى.
(١٥) (٤/٤٢١).
(١٦) (٥/٢٨٢) كتاب: الهبة، باب: ما قيل فى العمرى والرقبى، حديث (٢٦٢٥).
(١٧) (٣/١٢٤٦) كتاب: الهبات، باب: العمرى، حديث (٢٦/١٦٢٥).
(١٨) (٦/٢٧٤) كتاب: العمرى، باب: اختلاف الناقلين لخبر جابر فى العمرى.
(١٩) (٣/٣١٧).

أبى شيبة[١]، وأبو نعيم فى الحلية[٢] من طريق أبى الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «يا معشر الأنصار، أمسكوا عليكم أموالكم، ولا تعمروها، فمن أُعمر شيئًا حياته فهو له حياته، ومماته».

وأخرجه أبو داود[٣]، والنسائى[٤]، والبيهقى[٥]، من طريق ابن جريج عن عطاء عن جابر عن النبى ﷺ بلفظ: «لا تعمروا ولا ترقبوا، فمن أُعْمِر شيئًا أو أُرْقِبه، فهو لورثته» وصححه الألبانى فى الإرواء[٦].

حديث عبد الله بن الزبير أخرجه النسائى[٧] من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أعمر رجلا عمرى له ولعقبه فهى له ولمن يرثه من عقبه موروثة».

قوله: «العمرى» فى اللغة: ما يجعل له طول عمرك أو عمره، وقال ثعلب: هو أن يدفع الرجل إلى أخيه دارًا فيقول له: هذه لك عمرك أو عمرى، أينا مات دفعت الدار إلى أهله، وكذلك كان فعلهم فى الجاهلية. وقد عمرته إياه وأعمرته: جعلته له عمره أو عمرى، أى: يسكنها مدة عمره، فإذا مات عادت إلى. والعمرى: المصدر من كل ذلك، كالرُّجْعى. فأبطل ذلك ﷺ وأعلمهم أن من أُعْمِر شيئًا أو أُرْقِبه فى حياته فهو لورثته من بعده، قال ابن الأثير: وقد تعاضدت الروايات على ذلك.

وأصل العمرى مأخوذ من العمر، وأصل الرقبى من المراقبة، فأبطل النبى ﷺ هذه الشروط، وأمضى الهبة.

وفى الصحاح: أعمرته دارًا أو أرضًا أو إبلا. ويقال: لك فى هذه الدار عُمْرى حتى تموت[٨].

والعقبى فى اللغة: جزاء الأمر، كذا فى الصحاح. وقيل: العاقبة والعقبى: آخر

---

(١) (٧/ ١٤٢).
(٢) (٦/ ٢٨٤).
(٣) (٣/ ٨٢٠) كتاب: البيوع، باب: من قال فى العمرى له ولعقبه، حديث (٣٥٥٦).
(٤) (٦/ ٢٧٣) كتاب: العمرى، باب: اختلاف الناقلين لخبر جابر فى العمرى.
(٥) (٦/ ١٧٥) كتاب: الهبات، باب: الرقبى.
(٦) (٦/ ٥٢).
(٧) (٦/ ٢٧٥) كتاب العمرى.
(٨) ينظر: تاج العروس (عمر) (١٣/ ١٢٨).

الأمر[١].

وأما فى الاصطلاح:

فعند الشافعية: هى تمليك المنافع أو إباحتها مدة العمر. وهو ظاهر[٢].

وعند الحنفية: عرف أئمة الحنفية العمرى بأن يجعل داره لآخر مدة عمره، وإذا مات ترد عليه.

وقيل: هى تبقية الشىء مدة عمر الموهوب له أو الواهب، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له، مثل أن يقول: دارى لك عمرى - فتمليكه صحيح، وشرطه باطل[٣].

وعند المالكية: «تمليك منفعة حياة المعطَى بغير عوض إنشاءً».

أخرج «بالمنفعة» إعطاء الذات، وأخرج «بحياة المعطى» الحبس والعارية، والمعطى: بفتح الطاء، وظاهره: أن تمليك المنفعة مدة حياة المعطى - بكسرها - ليس بعمرى، قوله: «بغير عوض»، أخرج به إذا كان بعوض؛ لأن ذلك إجارة فاسدة. وقوله: «إنشاء» أخرج به الحكم باستحقاق العمرى كما تقدم نظيره.

فإن قلت: العمرى المعقبة هل تدخل فى هذا أم لا؟

قلت: اختلف فيها هل حكمها حكم الحبس أم لا؛ بناء على أنها ترجع ملكا أو ترجع مرجع الأحباس، فإن رجعت ملكا فهى عمرى ويصدق عليها الحد، وإن رجعت حبسا فيقال: إنها عمرى حكمها حكم الحبس، لا أنها حبس فهى داخلة فى حده، وما تصرف فيه الشيخ - رحمه الله - هنا فى حده حسن؛ لأنه حد ما هو عام، ثم حد ما يدخل تحته من الأنواع مثل ما أشرنا إليه فى حد الإجارة، ولم يقل ذلك ثمة، وقد كملت كلامه مثل ما هنا، فراجعه، والله أعلم.

فإن قلت: قول الشيخ: تمليك منفعة أطلقها، فظاهر منه أنها تكون فى كل ما له منفعة؛ فتكون فى الثياب والحلى.

قلت: أما الحلى فتكون فيه، كذا قال فى الهبات منها، وأما الثياب فقال: لم

---

(١) ينظر: الصحاح (١/ ١٨٦)، القاموس (عقب) (١/ ١١٠).

(٢) ينظر: إحكام الأحكام (٢/ ١٥٧).

(٣) ينظر: درر الحكام (٢/ ٢٢٥)، البحر الرائق (٧/ ٢٩٦)، أنيس الفقهاء (٢٥٦)، تكملة فتح القدير (٩/ ١٩)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٩٠).

أسمع من مالك فيها شيئًا، وقد اختصرها البراذعى سؤالا وجوابا فى قوله: فإن أعمر حليا وثيابا، قال: أما الحلى فهو كالدور، وأما الثياب فلم أسمع من مالك فيها شيئًا.
قال الشيخ: اختصرها لإشكالها من حيث مناقضة مفهوم تفصيلها منطوقَ قولها فى الثياب فى كتاب العارية، قال: ويجاب بأن التفصيل فى وضوح كون الحلى كالدور؛ لمساواته إياها فى عدم ذهاب عينها، وذهاب عين الثياب بالانتفاع، فتأمل الرسم على هذا كيف صح إطلاقه ولم يقيده، والله الموفق.

قال الشيخ - رحمه الله تعالى - فى عاريتها: لم يعرف مالك الرقبى، ففسرت له فلم يجزها وهى: «تحبيس رجلين دارا بينهما على أن من مات منهما فحظه حبس على الآخر».

قلت: هذا تفسيرها ورسمها وقبله الشيخ[1].

وعند الحنابلة: هى جعل المالك شيئًا يملكه لشخص آخر عمر هذا الشخص[2].

الأحكام: العُمْرَى والرُّقبَى عطيتان من عطايا الجاهلية ورد الشرع فيهما بأمر ونهى، فقد قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: أخبرنا سفيان، عن عمرو بن دينار، عن طاوس، عن حجر المدرى، عن زيد بن ثابت، عن رسول الله ﷺ أنه جعل العمرى للوارث[3].

ومن حديث جابر - رضى الله عنه - أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا أَوْ أَرْقَبَهُ، فَهُوَ سَبِيلُ الميراث»[4].

وبناء على هذين النصين اختلف الفقهاء فى الرقبى والعمرى:

فذهب داود وأهل الظاهر، وطائفة من أصحاب الحديث إلى بطلانها؛ استدلالًا بعموم النهى.

---

(١) ينظر: شرح حدود ابن عرفة (٥٩٤ - ٥٩٦).
(٢) ينظر: المغنى (٥/ ٦٨٦)، وكشاف القناع (٤/ ٣٠٧)..
(٣) أخرجه الشافعى فى المسند (ص/ ٣٥٢ - ٣٥٣) (٥٨٧)، والنسائى (٦/ ٢٧٠، ٢٧١) كتاب الرقبى، باب الاختلاف على ابن أبى نجيح فى خبر زيد بن ثابت فيه، وابن ماجه (٤/ ٥٣) كتاب الهبات، باب العمرى (٢٣٨١).
(٤) أخرجه الحميدى (١٢٩٠)، وأبو داود (٢/ ٣١٧) كتاب البيوع، باب من قال فيه: ولعقبه (٣٥٥٦)، والنسائى (٦/ ٢٧٣) كتاب العمرى، باب ذكر اختلاف ألفاظ خبر جابر فى العمرى من طريق عطاء عنه بلفظ: (لا ترقبوا ولا تعمروا، فمن أرقب شيئا فهو لورثته) وينظر الحاوى (٧/ ٥٣٩).

وذهب الشافعى ومالك وأبو حنيفة وصاحباه إلى جوازها على ما سنذكره؛ استدلالًا برواية قتادة عن عطاء عن جابر عن النبى ﷺ قال: «العُمْرَى جَائِزَةٌ»[(١)].

وروى الشافعى، عن عبد الوهاب، عن هشام، عن يحيى بن أبى كثير، عن أبى سلمة، عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «الْعُمْرَى لِمَنْ وُهِبَ»[(٢)].

فأما قوله - «لا تعمروا ولا ترقبوا»، فقد اختلف أصحابنا إلى ماذا يوجه النهى على وجهين:

أحدهما - أنه يوجه إلى الحكم، وهذا أظهر الوجهين فيه؛ لأنه قال: «فمن أعمر شيئًا أو أرقبه فهو سبيل الميراث»[(٣)].

والوجه الثانى - أنه يوجه إلى اللفظ الجاهلى والحكم المنسوخ على ما سنشرحه من بعد.

فإذا صح فى الجملة جواز العمرى والرقبى، فقد اختلفوا: هل يتوجه التمليك فيهما إلى الرقبة أم المنفعة؟ على ثلاثة مذاهب.

أحدها - وهو مذهب الشافعى وأبى يوسف - التمليك فيهما يتوجه إلى الرقبة؛ كالهبات.

والمذهب الثانى - وهو قول مالك- أن التمليك فيهما متوجه إلى المنفعة والرقبة.

والمذهب الثالث - وهو قول أبى حنيفة -: أن التمليك فى العمرى يتوجه إلى الرقبة وفى الرقبى متوجه إلى المنفعة.

والدليل على أنه تملك بهما معًا الرقبة ما رواه الشافعى، عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبى سلمة، عن جابر: أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلَعِقِبِهِ، فَإِنها لِلَّذِى يُعْطاهَا، لَا ترجع إِلَى الَّذِى أَعْطَاهَا؛ لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»، وما رواه الشافعى عن زيد بن ثابت: أن النبى ﷺ «جَعَلَ الْعُمْرَى

---

(١) أخرجه البخارى (٥/ ٥٦١) كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب ما قيل فى العمرى والرقبى، بعد حديث (٢٦٢٦)، ومسلم (٣/ ١٢٤٨) كتاب الهبات، باب العمرى (٣٠/ ١٦٢٥)، وأحمد (٢/ ٤٢٩و٣/ ٣١٩و٢٩٧و ٣٦١و ٣٦٣و٣٩٢) والنسائى (٦/ ٢٧٣) فى المصدر السابق .

(٢) أخرجه البخارى (٢٦٢٥) ومسلم (٢٥/ ١٦٢٥)، وأبو داود (٣٥٥٠)، والنسائى (٦/ ٢٧٧) بلفظ (العمرى لمن وُهبت له) .

(٣) تقدم .

لِلْوَارِثِ»[١].

ولأن لفظ العمرى والرقبى فى قولهم (قد جعلت دارى هذه لك عمرى أو رقبى) متوجه إلى الرقبة؛ لوقوع الإشارة إليها، وتعلق الحكم بها؛ فوجب أن يتوجه التمليك إليها.

فإذا صح ما ذكرنا أن العمرى والرقبى يملك بهما الرقبة فسنشرح المذهب فيهما، ونبدأ بالعمرى منها فنقول:

فرع: للمعمر فى العمرى ثلاث أحوال:

إحداها أن يقول قد جعلتها لك عمرك وهذا ما اقتصر عليه المصنف.

والثانية - أن يقول: قد جعلتها لك عمرى.

والثالثة - أن يقول: قد جعلتها لك عمرى أنا.

فأما الحال الأولى - التى اقتصر عليها المصنف - وهى أن يقول: قد جعلتها لك عمرك أو حياتك، فلا تخلو فى ذلك من ثلاثة أقسام:

إحداها - أن يقول: قد جعلتها لك عمرك ولعقبك من بعدك، أو لورثتك بعدك، فهذه عطية جائزة وتمليك صحيح، قد ملكها المعمر ملكًا تامًا، ثم صارت لورثته من بعده هبة ناجزة ملكًا صحيحًا، وتمامها بعد عقد العمرى بالقبض الذى به تتم الهبات، وليس للمعطى بعد الإقباض الرجوع فيها وإن كان قبله مخيرًا[٢].

وقال مالك: تكون للمعمر فى حياته ولعقبه، فإذا انقضى، رجعت إلى المعمر.

ودليلنا: ما روى جابر أن النبى ﷺ قال: «من أعمر شيئًا له ولعقبه، فهو للذى يُعطاها، لا يرجع إلى الذى أعطاها؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث».

يعنى: أنه ورث عن المعطى.

وفى رواية أخرى: أن النبى ﷺ قال: «لا تعمروا، ولا ترقبوا، فمن أعمر شيئًا، أو أرقبه.. فهو سبيل الميراث»[٣].

وأما النهى: فإنما نهى عما كان يفعله أهل الجاهلية، وهو أنهم كانوا يجعلونها للمعمر فى حياته، فإذا مات، رجعت إلى المعمر.

والقسم الثانى: إذا قال: أعمرتك هذه الدار، أو جعلتها لك عمرك، أو ما

(١) تقدم.
(٢) ينظر الحاوى (٧/٥٣٩ - ٥٤١).
(٣) تقدم.

عشت، أو ما حييت، وأطلق - ففيه قولان:

أحدهما - قال فى الجديد: تصح، وتكون للمعمر فى حياته، ولورثته من بعده، ولا ترجع إلى المعطى، وبه قال أبو حنيفة، وهو الأصح؛ لما روى جابر: أن النبى ﷺ قال: «مَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا، فَهُوَ لَهُ وَلِعقِبِهِ»(١).

وروى جابر: أن رجلًا من الأنصار أعطى أمه حديقة، فماتت، فقال: أنا أحق بها؛ لأنى أعطيتها مدة حياتها، فقال إخوته: نحن فيها شركاء، فاختصموا إلى النبى، فجعلها ميراثًا بينهم(٢).

ولأن الأملاك المستقرة إنما يتقدر زمانها بحياة المالك، ثم تنتقل بعد موته إلى ورثة المالك؛ فلم يكن ما جعله له من الملك مدة حياته منافيًا لحكم الأملاك، وإذا لم ينافه، اقتضى أن يصح، وإذا صح اقتضى أن يكون موروثًا. فأما البيع إذا قال: بعتكها مدة حياتك، فهو باطل، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما - وهو فرق ابن سريج - أن هذا الشرط يقتضى فسخًا منتظرًا، والبيع إذا كان فيه فسخ منتظر بطل، والهبة إذا كان فيها فسخ منتظر لم تبطل، كهبة الأب؛ فلذلك بطل البيع بهذا الشرط، ولم تبطل العمرى بهذا الشرط.

والفرق الثانى - وهو فرق أبى إسحاق المروزى: أن شروط البيع تقابل جزءًا من الثمن، فإذا بطلت سقط ما قابلها منه؛ فأفضى إلى جهالة الثمن؛ فلذلك بطل البيع بهذا الشرط، وليس فى العمرى ثمن يفضى هذا الشرط إلى جهالته؛ فلذلك صحت مع الشرط(٣).

والثانى - وهو قوله فى القديم، ورواه الزعفرانى عنه - أنه عطية باطلة؛ لتقديرها بمدة الحياة.

ولأن جابرًا روى أن النبى ﷺ قال: «أيما رجل أعمر له ولعقبه، فإنها للذى

---

(١) تقدم .

(٢) أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٢٩٩) من طريق محمد بن إبراهيم عنه، قال الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ١٢٨): قال فى التنقيح: رواته كلهم ثقات.
وأخرجه أبو داود (٣٥٥٧) من طريق طارق المكى، عنه.
قال الزيلعى (٤/ ١٢٨) قال ابن القطان: إسناده كلهم ثقات، وطارق المكى هو قاضى مكة، مولى عثمان بن عفان، وهو ثقة، قاله أبو زرعة .

(٣) ينظر الحاوى (٧/ ٥٤١، ٥٤٢) .

يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطاها؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»[١] فجعل صحيح العطية بأن يجعله له ولعقبه؛ فإذا لم يجعلها لعقبه، لم يصح.

ولأنه تمليكُ عَيْنٍ قُدِّرَ بمدة؛ فوجب أن يكون باطلًا؛ كما لو قال: بعتك دارى هذه عمرك.

ولأنها عمرى مقدرة؛ فوجب أن تكون باطلة؛ كما لو قال: قد أعمرتكها سنة.

ولأنه إذا جعلها له مدة عمره، فقد يحتمل أن يريد الرجوع إليه بعد موته فيبطل، ويحتمل أن يريد أن يورث عنه فيصح؛ فلم يجز أن يحمل على الصحة مع الاحتمال الفاسد[٢].

هذا ما ذكره أكثر الأصحاب عن القديم. وحكى الرافعى والقاضى أبو الطيب والعمرانى عن أبى إسحاق المروزى أنه فسر قول الشافعى فى القديم بأنها تكون للمعمر فى حياته، فإذا مات، رجعت إلى المعطى؛ لقوله ﷺ «من أعمر شيئًا له ولعقبه، فهو للذى يُعطاها، ولا يرجع إلى الذى أعطاها»؛ فدليل خطابه أنه إذا لم يشترط لعقبه؛ فإنها ترجع إلى الذى أعطاها.

وقد ضعف ذلك ابن الرفعة؛ لمخالفته القياس؛ إذ إن الإنسان لا يملك مؤقتًا.

وقد نسب هذا الوجه فى الحاوى إلى أبى على بن أبى هريرة، وذكر أن الصحيح إذا قلنا بالقول القديم أنه لا يملك الانتفاع بالشىء المعمر؛ لأن التمليك متوجه إلى الرقبة، وإذا بطل لم يجز أن ينتقل إلى ملك المنفعة، كالبيع الفاسد.

فعلى هذا لو تصرف فيها المعطى وانتفع، لم يكن عليه أجرة؛ لأنها مباحة له، ولأن كل ما لا يضمن بالعقد الصحيح لا يضمن بالعقد الفاسد، ولكن لو تلفت فى يده: فإن كان تلفها من غير فعله، لم يضمن؛ لما ذكرنا. وإن كان تلفها بفعله، ضمنها؛ لأنه عدوان، وهو غير مالك لها[٣].

والقسم الثالث: إذا قال: أعمرتك هذه الدار، أو جعلتها لك حياتك، أو عمرك، فإذا مت عادت إلىّ إن كنت حيًّا، وإلى ورثتى إن كنت ميتًا - فهى كالثانية على قولين:

الأول - على القول الجديد: تكون للمعمر فى حياته، ولورثته بعده.

---

(١) تقدم.

(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٤١).

(٣) ينظر الحاوى (٧/ ٥٤٢).

والثانى - على ما حكاه أبو إسحاق عن القديم - تكون على ما شرط للمعمر فى حياته، فإذا مات، رجعت إلى المعطى إن كان حيًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا.

وعلى ما حكاه غيره عن القديم، تكون العطية باطلة.

فإن قيل: هلا قلتم تبطل الهبة على القول الجديد؛ لأن العمرى تقتضى التمليك على التأبيد؛ فإذا قدره بحياة المعمر، فقد شرط شرطًا ينافى مقتضى العقد فأبطله، كما لو قال: وهبتك هذه الدار سنة.

فالجواب: أن هذا الشرط لا يبطل العمرى؛ لأنه ليس بشرط على المعمر، وإنما هو شرط على ورثته، فإذا لم يكن الشرط على المعقود له، لم يؤثر فى العقد، بخلاف ما لو قال: وهبت لك دارى سنة، فإنه لا يصح؛ لأن النقصان دخل فى ملك المعقود له، فلم يصح.

وقد جزم الماوردى ببطلان العطية فى هذه الصورة وجهًا واحدًا مع حكايته الخلاف عند الإطلاق فى الصورة السابقة، كما ذكرناه.

وفرع ابن الرفعة على هذه الصورة والتى قبلها: أنا إذا أثبتنا الملك للمعمر، وقيدناه بالحياة، فباع ما ملكه، ثم مات، والعين مبيعة - قال الإمام: يحتمل أن يقال: لا ينفذ بيعه؛ فإن مقتضى البيع إذا صح التأبيد، وهذا لا يسعه الملك المؤقت، وليس له أن يملك غيره ما لا يملكه فى نفسه.

فإذًا له الانتفاع، وله وطء الجارية التى جرى الإعمار فيها، وليس له أن يبيع.

ويجوز أن يقال: بيعه نافذ محمول على التأبيد الذى يقتضيه البيع.

ولعل الأصح الأول، والذى أجاب به ابن كج الثانى.

وعلى هذا قال الرافعى: ويشبه أن يرجع المعمر فى تركته بالغرم رجوع الزوج إذا طلق وقد خرج الصداق عن ملكها[(١)].

فهذه أحكام الحال الأولى التى اقتصر عليها المصنف.

فأما الحال الثانية: وهى أن يقول: قد جعلتها لك عُمْرَى - إشارة إلى عقد العمرى - من غير أن يقدر ذلك بعمر أحد، ففيها قولان:

أحدهما - وهو قوله فى القديم: أنها باطلة؛ للنهى عنها، ولا يملك بها المعمر

---

(١) ينظر الكفاية خ.

المعطى المنفعة مدة حياته، كما لا يملك الرقبة وجهًا واحدًا؛ لأننا قد دللنا على أن التمليك بالعمرى متوجه إلى الرقبة، فإذا بطل لم يملك بها المقصود بها، غير أنه لم يضمن الأجرة إن سكن أو تصرف.

فلو كانت العمرى نخلًا فأثمرت، لم يملك الثمرة. ولو كانت شاة، فنتجت، لم يملك الولد. فإن تلفت الثمرة فى يده، وهلك الولد - فإن كان بغير فعله، لم يضمن. وإن كانت بفعله، ضمن.

والقول الثانى - وهو قوله فى الجديد -: أنها جائزة، وهى ملك له فى حياته، ثم لورثته بعد وفاته؛ لرواية أبى سلمة عن أبى هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى، فَهِىَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهُ مِنْ عَقِبِهِ[١]».

وأما الحال الثالثة وهى أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمرى أو جعلتها عمر زيد - فالحكم فيهما واحد، والمذهب أنها عطية باطلة؛ لأنه لا يملكه إياها عمره فتورث عنه، ولا جعلها عمرى؛ فيستعمل فيها الخبر، وإنما قدر ذلك بعمر نفسه أو عمر أجنبى، فاقتضى لما هى عليه من خلاف الأصل خروجها من حكم النص أن تبطل.

وهكذا لو قال: قد أعمرتكها سنة أو شهرًا، كانت كذلك فى البطلان، وكان بعض أصحابنا يغلب فيها حكم العمرى، ويخرجها على قولين، وهو خطأ لما بيناه[٢].

فرع: لو قال: ملكتك هذه الدار بمائة دينار عمرك، قال فى (الإفصاح): لا يصح. وبه قال ابن سريج.

وحكى عن ابن خيران: أنه يصح قاله فى (البحر).

وأبدى ابن كج قول ابن خيران احتمالًا لنفسه[٣].

فصل: وأما الرقبى: فإن قال: أرقبتك هذه الدار، أو جعلت دارى لك رقبى - فهى كالمسألة الثانية من العمرى:

على القول الجديد: تكون للمرقب فى حياته، ولورثته بعده.

وأما على القول القديم: فعلى ما حكاه أبو إسحاق تكون للمرقب فى حياته، فإن مات والمعطِى حى، رجعت إليه. وإن مات المعطى أولًا، كانت للمرقب فى

---

(١) تقدم .
(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٤٢، ٥٤٣) .
(٣) ينظر الكفاية خ.

حياته، ولورثته بعده.

وعلى ما حكاه غير أبى إسحاق عن القديم: تكون العطية باطلة.

هذا مذهبنا، وبه قال أبو يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد: الرقبى لا تملك، وتكون عارية؛ لأن معناها أنها لآخرنا موتًا، فلا يصح التمليك بهذا؛ لأن التمليك معلق بخطر وغرر.

وقال مجاهد: الرقبى: أن يقول: هذه الدار للآخر منى ومنك موتًا.

وتعلَّقوا بما روى: أن النبى ﷺ أجاز العمرى، وأبطل الرقبى.

ودليلنا: ما روى جابر: أن النبى ﷺ قال: «يَا مَعْشَرَ الأَنْصَارِ، أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوالَكُمْ، لَا تُعْمِرُوا، وَلَا تُرْقِبُوا، فَمَنْ أَعْمرَ شَيْئًا أَوْ أرقبَهُ، فَهُوَ له وَلِوَرَثَتِهِ»[١].

وفى رواية: أن النبى ﷺ قال: «الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا، وَالرقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا»[٢] وما رووه غير معروف.

فإن قيل: فقد سويتم بين معنى العمرى والرقبى، واختلاف الأسماء يدل على اختلاف المسميات؟

قلنا: بينهما فرق؛ وذلك: أن المعمر يملك ما أُعْمِره مدة عمره، فإذا مات، اقتضى ذلك أن يرجع إلى المعمِر، أو إلى ورثته إن لم يكن باقيًا.

وأما الرقبى: فاقتضت أنه ملَّكه إياها، فإن مات، رجعت إلى المرقِب. وإن مات المرقب قبله، استقرت على ملك المرقَب، ولم ترجع بموته إلى ورثة المرقِب.

فرع: إذا قال رجل لآخر: إذا متُّ فهذه الدار لك عمرك، فإذا متَّ عادت إلى ورثتى فإذا مات المعطِى، وخرجت الدار من الثلث، كانت على قولين؛ كما لو قال: هذه الدار لك عمرك، فإذا متَّ قبلى، عادت إلىَّ إن كنتُ حيا، وإلى ورثتى إن كنتُ ميتًا.

قال المسعودى: إذا قال الشريكان فى الدار: هى لآخرنا موتا، صار نصيب كل واحد منهما رُقبى لصاحبه، وقد مضى بيان الرقبى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ومن وجب له على رجلٍ دين، جاز له أن يبرئه من غير رضاه.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٣٠٣)، وأبو داود (٣٥٥٨)، وابن ماجه (٣٣٨٣)، والترمذى (١٣٥١)، والنسائى (٦/ ٢٧٤) من طريق أبى الزبير عن جابر.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز إلا بقبول من عليه الدين؛ لأنه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه، فافتقر إلى قبوله؛ كالوصية والهبة، ولأن فيه التزامًا منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة.

والمذهب الأول؛ لأنه إسقاط حق ليس فيه تمليك مالٍ، فلم يعتبر فيه القبول؛ كالعتق والطلاق والعفو عن الشفعة والقصاص.

ولا يصح الإبراء من دينٍ مجهولٍ؛ لأنه إزالة ملكٍ لا يجوز تعليقه على الشرط، فلم يجز مع الجهالة؛ كالبيع والهبة.

(الشرح) قوله: (التبرع)[1] أى: التطوع، وتبرع، أى: تطوع.

الأحكام: من وجب له على غيره دين، صح إبراؤه منه. وهل يفتقر إلى قبول البراءة ممن عليه الدين؟ فيه وجهان:

أحدهما: يفتقر إلى قبوله؛ لأن عليه مِنّة فى إسقاط الحق عنه؛ فافتقر إلى قبوله؛ كقبول الهبة.

الثانى - وهو الأصح -: أنه لا يفتقر إلى قبوله؛ لأنه إسقاط، وليس بتمليك عين؛ فلم يفتقر إلى القبول؛ كإسقاط الشفعة والقصاص والعتق، بخلاف الهبة؛ فإنها تمليك عين.

ولا يصح الإبراء من دين مجهول؛ لأنه إزالة ملك؛ فلم يصح مع الجهل به، كالهبة. فإن قال: أبرأتك من دينار إلى مائة دينار، وكان يعلم أنه يستحق ذلك عليه - صحت البراءة.

وإن أبرأه من دين، وكان من له الدين لا يعلم أنه يستحق ذلك عليه، ثم بان أنه كان يستحقه عليه - فهل تصح البراءة؟ فيه وجهان:

أحدهما - تصح البراءة؛ لأنها وافقت وجوب الدين.

والثانى - لا تصح، وهو الأصح؛ لأنه عقد البراءة وهو متلاعب.

وإن قال: تصدقت عليك بالدين الذى لى عليك، صح ذلك، وكان براءة بلفظ الصدقة؛ لقوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [النساء: ٩٢] وقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٩٥).

[البقرة: ٢٨٠]. وأراد بالصدقة فى الآيتين البراءة.

قال أبو العباس: وهذا يدل على صحة البراءة بلفظ الصدقة، وعلى أن الصدقة تصح على الغنى والفقير، وعلى أن صدقة التطوع تصح على بنى هاشم، وبنى المطلب؛ لأنه لم يفرق فى الآيتين.

وإن وهب دينه لمن هو فى ذمته، صحت الهبة وجهًا واحدًا؛ لأن الهبة والصدقة واحد، فإن صحت الصدقة، صحت الهبة، وهل يكون حكمها حكم الإبراء، لا يفتقر إلى القبول على الأصح، أو حكم الهبة يفتقر إلى القبول، ولا يلزم حتى تمضى مدة يتأتى فيها القبض؟ على وجهين - ذكرناهما عند كلامنا عن أحكام قول المصنف (فصل، ولا تصح إلا بالإيجاب والقبول... إلخ) -:

أحدهما - ويحكى عن ابن أبى هريرة أيضًا -: نعم، وهو ما قال الإمام فى كتاب الرهن فى آخر مسألة استعارة العبد ليرهن بدين: إنه الأصح.

والثانى - وهو المذهب فى (الشامل): لا.

قال البندنيجى: ويبرأ بنفس الهبة؛ كصدقة التطوع. وكأنه يشير بذلك إلى ما ذكره ابن سريج، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد: أنه إذا قال: تصدقت عليك بما لى من دين: أنه يصح، وتبرأ ذمته؛ كما لو أبرأه(١).

فإن وهب من له الدين دينه لغير من هو عليه، أو باعه منه، وكان الدين مستقرًّا - فهل يصحان؟ فيه وجهان:

أحدهما - لا يصحان؛ لأنه غير مقدور على تسليمه.

والثانى - يصحان، وهو الأصح؛ لأن الذمم تجرى مجرى الأعيان؛ بدليل: أن الرجل يبتاع بعين ماله، ويبتاع بثمن فى ذمته.

وكذلك يبيع عين ماله، ويبيع ما فى ذمته، وما جاز بيعه وابتياعه، جازت هبته؛ لأنه لا خلاف أن الحوالة تصح، وهى فى الحقيقة بيع؛ فكذلك البيع.

فإذا قلنا بهذا: فهل يفتقر لزوم الهبة إلى الإذن بالقبض، وإلى القبض؟ فيه وجهان:

أحدهما - يفتقر إلى ذلك؛ لأن هذا شرط فى لزوم الهبة فى العين، فكذلك فى

---

(١) ينظر الكفاية خ.

الدين.

والثانى - لا يفتقر إلى ذلك، وهو الأصح، كالحوالة لا يعتبر فيها القبض.

خاتمة فى فروع تتعلق بالهبة:

فرع: قال ابن الرفعة:

إذا وهب من شخصين، فرد أحدهما، وقبل الآخر - صحت فى حق من قبل جزم به العراقيون.

وحكى فى (التتمة) وجهين فيما إذا وهب عينًا، فقبل نصفها.

وإذا دفع إنسان لآخر دراهم، وقال: ادخل بها الحمام، أو اشتر لنفسك بها عمامة - ففى فتاوى القفال: أنه إن كان ذلك على سبيل البسط المعتاد، ملكه، وتصرف فيه كيف شاء. وإن كان غرضه تحصيل ما عينه؛ لما رأى به من الوسخ والشعث، أو لعلمه بأنه مكشوف الرأس - لم يجز صرفه إلى غير ما عينه.

وفى فتاوى القاضى الحسين: أنه لو دفع دينارًا إلى رجل، وقال: اشتر بهذا سمكًا لنفسك، هل يجوز صرفه إلى شىء آخر؟ يحتمل وجهان.

وسئل الشيخ أبو زيد عن رجل مات أبوه، فبعث له إنسان ثوبًا؛ ليكفنه فيه، فهل يملكه حتى يمسكه، ويكفنه فى غيره؟ فقال: إن كان الميت يتبرك بتكفينه؛ لفقه أو ورع، فلا، ولو كفنه فى غيره، وجب رده إلى مالكه.

وفى كتاب (الوسيط) فى كتاب الوصية: أن للوارث إبداله، وأن الصحيح أن هذه عارية فى حق الميت[١].

فرع: جاء فى الحاوى: هبة المريض فى الثلث، فإن احتملها أمضيت وإلا ردت؛ لأنها فى حكم الوصية، وإن احتمل الثلث بعضها، أمضى منها قدر ما احتمله الثلث، إلا أن يجيزه الوارث؛ فيصح فى الجميع.

فلو وهب فى الصحة، وأقبض فى المرض، فهى هبة فى المرض؛ لأنها بالقبض فيه تمت.

فلو اختلفا: فقال وارث الواهب هى فى المرض، وقال الموهوب له: فى الصحة - فالقول قول الوارث مع يمينه؛ لأن الأصل فيها عدم اللزوم فلو مات الواهب قبل

(١) ينظر الكفاية خ.

القبض، ففيها قولان:

أحدهما - أن وارثه بالخيار بين إقباضها بالعقد الماضى أو المنع.

والقول الثانى - أن العقد قد بطل بالموت، فإن أحب إمضاء الهبة، استأنف عقدًا وقبضًا.

فرع: وإذا دخل المسلم دار الحرب، فوهب له أهلها هبة، فقبلها، وقبضها - لم يغنمها المسلمون إن ظفروا بها.

وفرق أبو حنيفة بين ما ينقل منها وما لا ينقل، فجعل ما ينقل مملوكًا، وما لا ينقل مغنومًا؛ استدلالًا بما روى عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال: «من منحه المشركون أرضًا، فلا أرض له» وهذا - إن صح عنه - محمول على العارية دون الهبة.

فرع: هبة دور مكة وعقارها تجوز، بخلاف قول أبى حنيفة؛ بناء على البيع. فأما إجارتها للحجاج، فتجوز إن جاز بيعها، وتبطل إن لم يجز بيعها[1] اهـ.

فرع: قد قسم الشافعى العطايا ثلاثة أقسام: فى الحياة منها قسمان: الوقف، والهبة. وبعد الموت قسم، وهو الوصايا، وقد ذكر الماوردى: أن الوصايا مخالفة للهبات من أربعة أوجه:

أحدها - أن الهبة عطية ناجزة، والوصية عطية متراخية بعد الموت.

والثانى - جواز الوصية بالمجهول، وما لم يملك، وبطلان الهبة بذلك.

والثالث - جواز الوصية لمن ليس بمالك فى الحال، وبطلان الهبة بذلك.

والرابع - تمام الوصية بالقبول دون القبض، وتمام الهبة بالقبض. فهذه أربعة، وخامس مختلف فيه - وهو المكافأة لا تستحق فى الوصية، وفى استحقاقها فى الهبة قولان وقد استوفينا بيان الأحكام المتعلقة بالهبة، ثم ها نحن ننتقل - بمشيئة الله - مع المصنف لبيان أحكام الوصايا[2].

* * *

---

(١) ينظر الحاوى (٧/ ٥٥٢).

(٢) ينظر الحاوى (٧/ ٥٣٨).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب الوصايا

من ثبتت له الخلافة على الأمة - جاز له أن يوصى بها إلى من يصلح لها؛ لأن أبا بكرٍ - رضى الله عنه - وصى إلى عمر، ووصى عمر - رضى الله عنه - إلى أهل الشورى - رضى الله عنهم - ورضيت الصحابة - رضى الله عنهم - بذلك.

(فصل) ومن ثبتت له الولاية فى مال ولده، ولم يكن له ولى بعده - جاز له أن يوصى إلى من ينظر فى ماله؛ لما روى سفيان بن عيينة - رضى الله عنه - عن هشام ابن عروة قال: أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبى ﷺ منهم: عثمان، والمقداد، وعبد الرحمن بن عوفٍ، وابن مسعودٍ - رضى الله عنهم - فكان يحفظ عليهم أموالهم، وينفق على أبنائهم من ماله.

وإن كان له جد، لم يجز أن يوصى إلى غيره؛ لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع؛ فلا يجوز نقلها عنه بالوصية.

(فصل) ومن ثبت له الولاية فى تزويج ابنته، لم يجز أن يوصى إلى من يزوجها.

وقال أبو ثورٍ: يجوز؛ كما يجوز أن يوصى إلى من ينظر فى مالها.

وهذا خطأ؛ لما روى ابن عمر قال: زوجنى قدامة بن مظعونٍ ابنة أخيه عثمان بن مظعونٍ، فأتى قدامة رسول الله ﷺ فقال: أنا عمها ووصى أبيها، وقد زوجتها من عبد الله بن عمر؛ فقال: «إنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها».

ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع؛ فلا يجوز نقلها بالوصية؛ كالوصية بالنظر فى المال مع وجود الجد.

(فصل) ومن عليه حق يدخله النيابة: من دين آدمى، أو حج، أو زكاةٍ، أو رد وديعةٍ - جاز أن يوصى إلى من يؤدى عنه؛ لأنه إذا جاز أن يوصى فى حق غيره، فلان يجوز فى خاصة نفسه أولى.

(الشرح) حديث هشام بن عروة أخرجه البيهقي[١].

وحديث عبد الله بن عمر أخرجه أحمد[٢]، والدارقطني[٣]، والبيهقي[٤] من

---

(١) (٦/ ٢٨٢ - ٢٨٣) كتاب: الوصايا، باب: الأوصياء.

(٢) (٢/ ١٣٠).

(٣) (٣/ ٢٣٠).

(٤) (٧/ ١١٣) كتاب: النكاح، باب: لا ولاية لوصى فى النكاح.

طريق ابن إسحاق: ثنى عمر بن حسين بن عبد الله مولى آل حاطب عن نافع عن ابن عمر، به.

وسنده حسن، وصرح ابن إسحاق بالتحديث، وقال الهيثمى فى المجمع[١]: رواه أحمد ورجاله ثقات.

أما هشام بن عروة[٢]: فهو أبو المنذر هشام بن عروة بن الزبير بن العوام القرشى المدينى، أحد تابعى المدينة المشهورين المكثرين من الحديث المعرودين فى أكابر العلماء وجلة التابعين. سمع عمه عبد الله بن الزبير، وابن عمر ورأى جابرًا، وأنس ابن مالك، وسهل بن سعدٍ، وقيل: إنه رأى ابن عمر ولم يسمع منه. روى عنه يحيى ابن سعيد الأنصارى والثورى، ومالك بن أنس، وأيوب السختيانى، وابن جريج، وعبيد الله بن عمر، والليث بن سعدٍ، وابن عيينة، ويحيى بن سعيد القطان، ووكيع. اتفقوا على توثيقه وجلالته وإمامته، قال ابن سعد: كان ثقة ثبتا حجة كثير الحديث.

ولد سنة إحدى وستين، وقدم بغداد على المنصور، ومات بها سنة ست وأربعين ومائةٍ، وقيل: خمسٍ وأربعين.

أما المقداد بن الأسود[٣] فهو أبو معبد - ويقال: أبو الأسود المقداد بن عمرو ابن ثعلبة بن مالك بن ربيعة بن ثمامة بن مطرود بن عمرو، الكندى. وقيل: إنه قضاعى، وقيل: هو حضرمى، وذلك أن أباه حالف كندة، فنسب إليها، وحالف المقداد الأسود بن عبد يغوث الزهرى، فقيل له: زهرى، وإنما سمى ابن الأسود؛ لأنه كان حليفه، أو لأنه كان فى حجره، وقيل: بل كان عبدًا له فتبناه، قال ابن عبد البر: والأول أصح، قال: والصحيح أنه بهرانى، من بهراء بن عمرو بن الحافى بن

---

(١) (٤/ ٢٨٣).

(٢) ينظر: نسب قريش (٢٤٨) والمعارف (٢٢١)، (٢٢٢) وجمهرة الأنساب (١٢٣)، (١٢٤) والتبيين (٢٢٣) وجمهرة نسب قريش (٢٧٦) وتاريخ بغداد (١٤/ ٣٧) وتذكرة الحفاظ (١/ ١٤٤) وتهذيب التهذيب (١١/ ٤٤ - ٤٦) والكاشف (٣/ ١٩٧) وابن خياط (٢٦٧) وشذرات الذهب (١/ ٢١٨) والنجوم الزاهرة (٢/ ٦).

(٣) تنظر ترجمته فى: نسب معد واليمن الكبير (٧٠٣) وجمهرة الأنساب (٤٤١) وطبقات ابن خياط (١٦) وطبقات ابن سعد (٣/ ١٦١ - ١٦٣) والاستيعاب (١٤٨٠ - ١٤٨٣) وسيرة ابن هشام (١/ ٣٢٦) والثقات (٣/ ٣٧١) وتهذيب التهذيب (١٠/ ٢٥٤).

قضاعة.

كان قديم الإسلام، شهد بدرًا، وأحدًا، والمشاهد كلها، وعداده في أهل الحجاز، وكان من الفضلاء النجباء الكبار الأخيار من أصحاب النبي ﷺ، روى عنه علي ابن أبي طالب، وطارق بن شهاب، وعبيد الله بن عدي بن الخيار، وابن أبي ليلى.

مات بالجرف - بضم الجيم، وسكون الراء، وبالفاء - موضع على ثلاثة أميالٍ من المدينة، فحمل على رقاب الناس، ودفن بالبقيع سنة ثلاثٍ وثلاثين، وهو ابن سبعين سنة.

أما قدامة بن مظعونٍ[1]: فهو أبو عمرو قدامة بن مظعون بن حبيب بن وهب ابن حذافة بن جمح القرشي الجمحي، خال عبد الله بن عمر. هاجر إلى أرض الحبشة مع أخويه عثمان وعبد الله، ثم هاجروا إلى المدينة، وشهد بدرًا وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ واستعمله عمر بن الخطاب على البحرين، ثم عزله عنها. روى عنه عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عامر بن ربيعة. مات سنة ست وثلاثين وله ثمانٍ وستون سنة.

قوله: (الوصية) أما الوصية في اللغة: يقال: وصى الشيء بالشيء وَصْيا، وأوصيته ووصيته إيصاءً وتوصية: بمعنى، والاسم: الوصاية والوصاة، وتواصى القوم، أي: أوصى بعضهم بعضًا وأوصى الرجل ووصاه: عهد إليه، ومنه قول رؤبة: [من الرجز].

وصاني العجاج فيما وصني[2]

ومن معانيها: الفرض، ومنه قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١]، معناه: يفرض عليكم؛ لأن الوصية من الله إنما هي فرض، والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿وَلَا تَقۡتُلُواْ ٱلنَّفۡسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلۡحَقِّۚ ذَٰلِكُمۡ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمۡ تَعۡقِلُونَ﴾ [الأنعام: ١٥١].

ومن معانيها - أيضًا -: الاتصال والوصل، قال الأصمعي: وصى الشيء يصي:

---

(١) تنظر ترجمته في: الاستيعاب (١٢٧٧) وطبقات ابن سعد (٣/ ٤٠١) ونسب قريش (٣٩٤) والتبيين (٣٩٨) وابن خياط (٢٥) والثقات (٣/ ٣٤٣) وتهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٦٠).

(٢) ينظر: ملحق ديوانه ص (١٨٧)، تاج العروس (وصى)، وبلا نسبة في الأشباه والنظائر (٢/ ٤٤٩)، خزانة الأدب (١/ ١٣١).

إذا اتصل، ووصاه غَيْرُهُ يصيه: وَصَلَه.

وأما الموصى به: فيقال: هذه وصيته، أى: الموصى به، وسميت وصية؛ لاتصالها بأمر الميت.

ومن معانيها: الأمر، وفى الحديث قال رسول الله ﷺ لأبى ذر (فأوصى به بتقوى الله)(١) معناه: أمر به، وأوصيته بالصلاة: أمرته بها(٢).

وأما الوصية فى اصطلاح الفقهاء

فعند الشافعية(٣):

هى: تبرع لا بمعنى الإيصاء بحق مضاف لما بعد الموت، ولو تقديرًا ليس بتدبير، ولا تعليق عتق بصفة.

قولهم: (تبرع) هو البذل بدون عوض.

قولهم: (لا بمعنى الإيصاء) احترز به عن الوصية بمعنى الإيصاء؛ فلا تشتمل على تبرع؛ كالإيصاء على أطفاله، أو الإيصاء بدفع أعيان لملاكها أو بقضاء الديون؛ إذ لا تبرع فى شىء من ذلك.

قولهم: (مضاف) بالرفع نعت لـ «تبرع»، وبالجر نعت لـ «حق»، وهو الأولى؛ لأن المضاف هو إعطاء الحق الذى هو التبرع؛ فهو نعت حقيقى، والحق إنما يعطى للموصى له بعد الموت؛ فهو مضاف لما بعد الموت لا التبرع.

قولهم: (ولو تقديرًا)، أى: كأوصيت بكذا؛ فكأنه قال: بعد موتى؛ لأن الوصية لا تكون إلا بعد الموت.

قولهم: (ليس بتدبير ولا تعليق عتق بصفة) ؛ لأنهما لا يتوقفان على القبول ولا يقبلان على الرجوع بالقول، وإن قبلا الرجوع بالفعل، كبيع ونحوه، ولو كانا من قبل الوصية لصح الرجوع عنهما بالقول وإن التحقا بها حكمًا؛ من حيث الاعتبار من

---

(١) روى نحوه أحمد (٥/ ١٥٣) والترمذى (١٩٨٧)، ولفظه: «اتق الله حيثما كنت ...» الحديث .

(٢) ينظر: المصباح المنير ص (٦٦٢)، الصحاح (٦/ ٢٥٢٥)، المغرب (٢/ ٣٥٧)، لسان العرب (وصى) .

(٣) ينظر: حاشية البجيرمى (٣/ ٢٨١)، قليوبى وعميرة (٣/ ١٥٦)، حاشية إعانة الطالبين (٣/ ١٩٩)، مغنى المحتاج (٣/ ٣٩) .

الثلث.

وعند الحنفية: هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عينًا كان أو دينًا؛ بطريق التبرع[١].

قولهم: (تمليك) يشمل العقود الناقلة للملكية، كالبيع، والهبة وغيرها.

قولهم: (مضاف إلى ما بعد الموت) احترز به عن نحو الهبة؛ فإنها تمليك تبرع فى حال الحياة.

والمراد بالتبرع: ما كان مجانًا لا بمقابلة عوض.

قولهم: (التبرع) قيد لإخراج التمليك بعوض، كالبيع، والإجارة.

وعند المالكية: هى عقد يوجب حقًّا فى ثلث عاقده، يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده[٢].

قولهم: (عقد) جنس فى التعريف، يشمل كل عقد.

قولهم: (يوجب حقًّا) أى: فى مواجهة الورثة بعد الموت، ويكون مقيدًا بثلث التركة.

قولهم: (فى ثلث عاقده) قيد لإخراج عقد يوجب حقًّا فى جميع مال عاقده.

قولهم: (يلزم بموته) أى بموت عاقده؛ وهو قيد يخرج عقدًا يوجب حقًّا فى ثلث عاقده، ولا يتوقف لزومه على موت عاقده.

قولهم: (أو نيابة) عطف على (حقًّا).

قولهم: (عنه)، أى: عاقده.

قولهم: (بعده) أى: بعد موت عاقده.

وعند الحنابلة: الوصية بالمال هى التبرع به بعد الموت[٣].

قولهم: (التبرع) قيد فى التعريف خرج به المعاوضات، كالبيع، والإجارة ونحوهما.

قولهم: (بعد الموت) قيد خرج به ما يكون فى حال الحياة من تبرعات، مثل

---

(١) حاشية رد المحتار (٦/ ٦٤٨)، شرح فتح القدير (٨/ ٤١٦).

(٢) ينظر: شرح الزرقانى على مختصر سيدى خليل (٦/ ١٧٥)، شرح منح الجليل على مختصر خليل (٤/ ٦٤٢)، تسهيل منح الجليل (٤/ ٦٤٢).

(٣) ينظر: كشاف القناع (٤/ ٣٣٥)، المغنى (٦/ ١).

الهبة.

وقوله: (أهل الشورى)[١] هى «فُعْلى» من المشورة، يقال: شاورته فى الأمر واستشرته: إذا استعنت به فى التدبير، واشتقاقه: من شُرتُ العسل: إذا استخرجته من بيت النحل.

الأحكام: الوصية ثابتة بالكتاب، والسنة، والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ١١]، فذكر تعالى الوصية فيها فى أربعة مواضع.

ومن السنة: ما روى أبو داود عن ابن عمر - رضى الله عنهما - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَا حَقُّ امرئ مُسْلِمٍ لَهُ شَىء يُوصَى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ»[٢]، وأخرجه البخارى ومسلم وغيرهم.

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٩٦).

(٢) ورد من طريقين عن عبد الله بن عمر:

- طريق نافع عنه:

أخرجه البخارى (٣/ ٦)، كتاب الوصايا، باب الوصايا... (٢٧٣٨)، ومالك (٢/ ٥٨٣)، كتاب الوصية، باب الأمر بالوصية (١)، وأحمد (٢/ ١١٣)، والنسائى (٦/ ٢٣٩)، كتاب الوصايا، باب الكراهية فى تأخير الوصية، من طرق عن مالك.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٩) كتاب الوصية (٣/ ١٦٢٧)، والحميدى (٦٩٧)، والترمذى (٣/ ٦٢٠)، أبواب الوصايا باب ما جاء فى الحث على الوصية (٢١١٨) من طرق عن أيوب السختيانى.

وأخرجه مسلم (١/ ١٦٢٧)، وأحمد (٢/ ٥٧، ٨٠)، والدارمى (٢/ ٤٠٢)، كتاب الوصايا باب من استحب الوصية، وأبو داود (٢/ ١٢٥) كتاب الوصايا، باب ما جاء فيما يؤمر به من الوصية (٢٨٦٢)، والترمذى (٢/ ٢٩٥) أبواب الجنائز، باب ما جاء فى الحث على الوصية (٩٧٤)، والنسائى (٦/ ٢٣٨) كتاب الوصايا، باب الكراهية فى تأخير الوصية، وابن ماجه (٤/ ٢٦٧ - ٢٦٨) كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية (٢٦٩٩) من طرق عن عبيد الله بن عمر.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٦٢٧) من طريق يونس، وأسامة بن زيد الليثى وهشام (يعنى ابن سعد)، ستتهم (مالك، وأيوب، وعبد الله بن عمر، ويونس بن يزيد، وأسامة بن زيد =

وفى لفظ لمسلم والنسائى: «يَبِيتُ ثَلَاثَ لَيَالٍ»[(١)].

وفى لفظ لمسلم: «يُرِيدُ أَنْ يُوصِي فِيهِ»[(٢)].

وفى لفظ لمسلم عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - أنه قال: «ما مرت على ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك، إلا وعندى وصيتى»[(٣)].

قال الإمام الشافعى - رضى الله عنه -: يحتمل قوله: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ»: ما لامرئ يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده.

ويحتمل: ما المعروف من الأخلاق إلا هذا من جهة الفرض.

وقد حكى الاحتمالين القاضى الحسين.

وقد أجمعت الأمة على أن ذلك محثوث عليه، ومطلوب من الشرع، ومع ذلك فالصدقة فى حال الحياة أفضل منها؛ سئل رسول الله ﷺ عن أى الصدقة أفضل، فقال: «أَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ حَرِيصٌ، تَأْمُلُ البَقَاءَ، وتَخْشَى الفَقْرَ، وَلَا تُهْمِلْ حَتَّى إِذَا بَلَغَتِ الحُلْقُومَ، قُلْتَ: لِفُلَانٍ كَذَا، وَلِفُلَانٍ كَذَا، وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ»[(٤)].

كما أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما، وأراد بقوله: «بلغت الحلقوم»: المقاربة؛

= وهشام بن سعد) عنه.

وأخرجه أحمد (٢/ ١٠)، والنسائى (٦/ ٢٣٩) من طريقين عن نافع عن ابن عمر موقوفًا.

- طريق سالم بن عبد الله بن عمر عنه:

أخرجه مسلم (٤/ ١٦٢٧)، وأحمد (٢/ ٣ و٣٤ و١٢٧)، وعبد بن حميد (٧٢٧)، والنسائى (٦/ ٢٣٩) من طرق عن ابن شهاب الزهرى، عنه.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١٦٢٧).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه البخارى (٤/ ٣٣) كتاب الزكاة، باب أى الصدقة أفضل (١٤١٩) وفى (٦/ ٢٥) كتاب الوصايا، باب الصدقة عند الموت (٢٧٤٨)، ومسلم (٢/ ٧١٦)، كتاب الزكاة، باب بيان أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح (٩٢/ ١٠٣٢)، وأحمد (٢/ ٢٣١ و٢٥٠ و٤١٥ و٤٤٧)، وأبو داود (٢/ ١٢٦)، كتاب الوصايا، باب ما جاء فى كراهية الإضرار فى الوصية (٢٨٦٥)، والنسائى (٥/ ٦٩)، كتاب الزكاة، باب أى الصدقة أفضل، وابن ماجه (٤/ ٢٧١ - ٢٧٢)، كتاب الوصايا، باب النهى عن الإمساك فى الحياة والتبذير عند الموت (٢٧٠٦)، والحميدى (١١١٨)، والطحاوى فى شرح المشكل (٨٢٢)، وأبو يعلى (٦٠٨٠) و(٦٠٩٢) و(٦٠٩٤)، وابن حبان (٤٣٣) و(٣٣١٢)، والبيهقى (٤/ ١٨٩) و(٨/ ٢) من طرق عن أبى هريرة.

لأن من بلغت نفسه الحلقوم لا يجوز له وصية ولا صدقة.

وروى أبو داود عن أبى سعيد الخدرى - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «لأَنْ يَتَصَدَّقَ المَرْءُ فِى حَيَاتِهِ بِدِرْهَمَيْنِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَائَةٍ عِنْدَ مَوْتِهِ»(١).

وروى الترمذى عن أبى الدرداء عن النبى ﷺ قال: «مَثَلُ الَّذِى يُعْتِقُ أَوْ يَتَصَدَّقُ عِنْدَ مَوْتِهِ مَثَلُ الَّذِى يُهْدِى إِذَا شَبِعَ». وقال الترمذى: إنه حديث حسن صحيح(٢).

إذا ثبت هذا: فإن من ثبت له الخلافة على الأمة فله أن يوصى بها إلى رجل توجد فيه شروط الخلافة؛ لما ثبت من أن أبا بكر - رضى الله عنه - وصى بالخلافة إلى عمر - رضى الله عنه - ولما طُعن عمر أوصى بالخلافة إلى أهل الشورى، وهم ستة: عثمان، وعلى، وطلحة، والزبير، وعبد الرحمن بن عوف، وسعد بن أبى وقاص.

وظهر ذلك فى الصحابة - رضى الله عنهم - ولم يخالفهما أحد، بل عُمِلَ به.

فصل: وإن ثبت لرجل النظَر فى ملك ولده الصغير، ولا جدَّ للصغير من أبيه، ولا أم له - فللأب أن يوصى بالنظر فى ماله إلى من يصلح لذلك، ويكون وصى الأب أولى بالنظر فى مال الصغير من الحاكم؛ لما روى: أنه أوصى إلى الزبير سبعةٌ من أصحاب النبى ﷺ فى أمر أولادهم الصغار، منهم: عثمان، والمقداد، وعبد الرحمن، وابن مسعود.

وإن كان للصغير جدٌّ من أبيه يصلح للنظر، فأوصى الأب إلى غير الجدِّ، كان الجدُّ أولى بالنظر.

وقال أبو حنيفة: وصى الأب أولى من الجد، وبه قال بعض أصحابنا الخرسانيين، والجوينى؛ لأنه لما كان الأب أولى بالنظر من الجد، كان وصيه أولى من الجد، كما قلنا فى وصى الأب مع الحاكم.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ١٢٦)، كتاب الوصايا، باب ما جاء فى كراهية الإضرار فى الوصية (٢٨٦٦)، وابن حبان (٨٢١ - موارد).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٦٧٤٠)، وأحمد (٥/ ١٩٦ و١٩٧ و٤٤٨)، وعبد بن حميد (٢٠٢)، والدارمى (٢/ ٤١٣)، كتاب الوصايا، باب من أحب الوصية ومن كره، والترمذى (٣/ ٦٢٣)، أبواب الوصايا، باب ما جاء فى الرجل يتصدق. (٢١٢٣)، وأبو داود (٢/ ٤٢٥)، كتاب العتق باب فى فضل العتق فى الصحة (٣٩٦٨)، والنسائى (٦/ ٢٣٨)، كتاب الوصايا، باب الكراهية فى تأخير الوصية، وابن حبان (٣٣٣٦)، والحاكم (٢/ ٢١٣)، والبيهقى (٤/ ١٩٠).

وهذا غلط؛ لأنها ولاية يستحقها الجد بالقرابة، فكان مقدمًا على وصى الأب، كولاية النكاح.

وإن لم يكن للصبى جد، ولكن له أم تصلح للنظر فى مالهِ، وأوصى الأب إلى غيرها:

فإن قلنا بالمذهب، وأن الأم لا ولاية لها بالنظر فى مال ولدها، كان الناظر هو وصى الأب.

وإن قلنا بقول الإصطخرى، وأن الأم لها ولاية بالنظر فى مال ابنها، فهل يقدم وصى الأب عليها؟ ينبغى أن يكون على الوجهينِ فى وَصى الأب مع الجد، والصحيح: أن الأم مقدمة على وصى الأب.

فصل: وإن أوصى رجل إلى رجل بالنظر فى أمر أولاده، وله بنات، لم يكن للوصى تزويجهن بلا خلاف.

وإن أوصى إليه بالنظر فى مالِ أولاده الصغار، وتزويج بناته، لم يكن للوصى تزويجهن، سواء كن البنات صغارًا أو كبارًا، عين له الزوج أو لم يعينه، بل إن كان للبنات ولى مناسب، زوجهن، وإلا فالحاكم يزوجهن. وبه قال الثورى وأبو حنيفة.

وقال أبو ثور: الوصى أولى بتزويجهن من الولى المناسب.

وقال مالك: إذا أوصى إليه فى تزويج بناته مطلقًا، كان الوصى أحق بإنكاحهن من الولى المناسب: فإن كن كبارًا، لم يزوجهن إلا بإذنهن، وإن كن صغارًا، لم يزوجهن الوصى إلا إن عين له الموصى الزوج.

دليلنا: ما روى عبد الله بن عمرَ قال: زوجنى خالى قُدامة بنُ مظعونٍ ابنة أخيه عثمان بن مظعون، فمضى المغيرة بن شعبة إلى أمها، فأرغبها فى المال، فمالت إليه، فذهبت أمها إلى النبى ﷺ وقالت: إن ابنتى تكره ذلك، فمضى قدامةُ بنُ مظعونٍ إلى النبى ﷺ، وقال: أنا عمها ووصى أبيها، وقد زوجتها من عبد الله بن عمرَ، وما نقموا منه إلا أنه لا مال له، فقال النبى ﷺ: «إِنَّهَا يَتِيمَةٌ، وَإِنَّهَا لا تُنْكَحُ إِلَّا بِإذنها».

فموضع الدليل: أن النبى ﷺ قال: «لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإذنها» وقد أخبره قدامة أنه وصى أبيها، ولم يسأله النبى ﷺ هل وصى إليه بإنكاحها، أم لا؟ وهل عين له الزوج، أم لا؟ فلو كان الحكمُ يختلف بذلك، لسأله عنه.

فقيل: إن المغيرة تزوجها بعد ذلك.

ولأن ولاية النكاح لها تستحق بالشرع؛ فلم يجز نقلها عنه بالوصية، كالوصية فى أمر الصغير مع وجود الجد.

فصل: ومن عليه دين، أو زكاة، أو حج، أو كفارة، أو كان فى يده وديعة، أو غصب - فله أن يوصى إلى من يخرج ذلك من تركته؛ لأنه إذا ملك أن يوصى بالنظر فى أمر غيره، فلأن يملك ذلك فى خاصة نفسه أولى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ومن ملك التصرف فى ماله بالبيع والهبة - ملك الوصية بثلثه فى وجوه البر؛ لما روى عامر بن سعد، عن أبيه، قال: مرضت مرضًا أشرفت منه على الموت؛ فأتانى رسول الله ﷺ يعودنى؛ فقلت: يا رسول الله «لى مال كثير، وليس يرثنى إلا ابنتى، أفأتصدق بمالى كله؟ قال: لا، قلت: أتصدق بثلثى مالى؟ قال: لا، قلت: أتصدق بالشطر؟ قال: لا، قلت: أتصدق بالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير؛ إنك أن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس».

ولا يجب ذلك؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا﴾ [الأحزاب: ٦] وفسر بالوصية، فجعل ذلك إليهم؛ فدل على أنها لا تجب، ولأنه عطية لا تلزم فى حياته فلم تلزم الوصية به قياسًا على ما زاد على الثلث.

(فصل) وإن كانت ورثته فقراء، فالمستحب ألا يستوفى الثلث؛ لقوله ﷺ: «الثلث كثير إنك أن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالةً يتكففون الناس» فاستكثر الثلث، وكره أن يترك ورثته فقراء، فدل على أن المستحب ألا يستوفى الثلث.

وعن على - رضى الله عنه - أنه قال: لأن أوصى بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالثلث.

وإن كان الورثة أغنياء، فالمستحب أن يستوفى الثلث؛ لأنه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء - دل على أنه يستحب إذا كانوا أغنياء أن يستوفيه.

(فصل) وينبغى لمن رأى المريض يجنف فى الوصية - أن ينهاه؛ لقوله - تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُواْ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَٰفًا خَافُواْ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُواْ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: ٩] قال أهل التفسير: إذا رأى المريض يجنف على ولده أن يقول:

اتق الله ولا توص بمالك كله؛ ولأن النبى ﷺ نهى سعدًا عن الزيادة على الثلث.

(فصل) والأفضل أن يقدم ما يوصى به من البر فى حياته؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - قال: سئل رسول الله ﷺ: أى الصدقة أفضل؟ قال: «أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلانٍ كذا، ولفلانٍ كذا» ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته فإن اختار أن يوصى فالمستحب ألا يؤخر الوصية؛ لما روى ابن عمر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «ما حق امرئ مسلم عنده شىء يوصى يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» ولأنه إذا أخر؛ لم يؤمن أن يموت فجأة فتفوته.

(الشرح) حديث عامر بن سعد عن أبيه أخرجه مالك[(١)] والبخارى[(٢)] ومسلم[(٣)] وأبو داود[(٤)]، والترمذى[(٥)]، والنسائى[(٦)]، وابن ماجه[(٧)]، وأحمد[(٨)]، والدارمى[(٩)]، وأبو داود الطيالسى[(١٠)]، وعبد الرزاق[(١١)]، والحميدى[(١٢)]، وابن الجارود[(١٣)]، ومحمد بن نصر المروزى فى السنة[(١٤)]، وأبو يعلى[(١٥)]، وابن حبان[(١٦)]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[(١٧)]، والبيهقى[(١٨)]، والفسوى فى المعرفة والتاريخ[(١٩)].

(١) (٢/ ٧٦٣) كتاب: الوصية، باب: الوصية فى الثلث، حديث (٤).
(٢) (٣/ ١٦٤) كتاب: الجنائز، باب: رثاء النبى ﷺ سعدًا، حديث (١٢٩٥).
(٣) (٣/ ١٢٥٠) كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، حديث (٥/ ١٦٢٨).
(٤) (٣/ ٢٤٨) كتاب: الوصايا، باب: ما لا يجوز للموصى فى ماله، حديث (٢٨٦٤).
(٥) (٤/ ٤٣٠) كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، حديث (٢١١٦).
(٦) (٦/ ٢٤١ - ٢٤٢) كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث.
(٧) (٢/ ٩٠٣) كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، حديث (٢٧٠٨).
(٨) (١/ ١٧٩).
(٩) (٢/ ٤٠٧) كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث.
(١٠) (١/ ٢٨٢ - منحة) رقم (١٤٣٣).
(١١) (٩/ ٦٤) رقم (١٦٣٥٧).
(١٢) (١/ ٣٦) رقم (٦٦).
(١٣) (٩٤٧).
(١٤) (ص - ٧٢) رقم (٢٤٨).
(١٥) (٢/ ٩٢) رقم (٤٧).
(١٦) (٤٢٣٥، ٥٩٩٤، ٧٢١٧ - الإحسان).
(١٧) (٤/ ٣٧٩).
(١٨) (٦/ ٢٦٨).
(١٩) (١/ ٣٦٨ - ٣٦٩).

كلهم من طريق الزهرى عن عامر بن سعد عن أبيه قال: مرضت بمكة مرضًا أشفيت منه على الموت، فجاء رسول الله ﷺ يعودنى، فقلت: يا رسول الله، إن لى مالًا كثيرًا وليس يرثنى إلا ابنتى، أفأوصى بثلثى مالى؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير - أو كبير - إنك أن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة».

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وأخرجه البخارى[1]، ومسلم[2]، والنسائى[3]، وأحمد[4] من طريق سعد بن إبراهيم عن عامر بن سعد عن أبيه، به.

وأخرجه البخارى[5] من طريق هاشم بن هاشم عن عامر بن سعد عن أبيه، به.

وأخرجه النسائى[6]، من طريق بكير بن مسمار عن عامر بن سعد عن أبيه، به.

وأخرجه أحمد[7] من طريق جرير بن حازم عن عمه جرير بن زيد عن عامر، به.

وأخرجه مسلم[8]، وأحمد[9]، وأبو يعلى[10] من طريق عمرو بن سعيد عن حميد بن عبد الرحمن عن ثلاثة من ولد سعد، به.

وأما أثر على فأخرجه البيهقي[11] من طريق الحارث الأعور عن على، قال الحافظ فى التلخيص[12]: والحارث ضعيف. وروى مثله - أيضًا - عن ابن عباس، أخرجه البيهقي[13].

---

(١) (٥/ ٤٢٧ - ٤٢٨) كتاب: الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، حديث (٢٧٤٢).
(٢) (٣/ ١٢٥٠) كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، حديث (٥/ ١٦٢٨).
(٣) (٦/ ٢٤٢) كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث.
(٤) (١/ ١٧٢).
(٥) (٥/ ٤٣٤ - ٤٣٥) كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، حديث (٢٧٤٤).
(٦) (٦/ ٢٤٣) كتاب: الوصايا، باب: الوصية.
(٧) (١/ ١٨٤).
(٨) (٣/ ١٢٥١) كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، حديث (٨، ٩/ ١٦٢٨).
(٩) (١/ ٦٨).
(١٠) (٢/ ١١٦) رقم (٧٨١).
(١١) (٦/ ٢٧٠).
(١٢) (٣/ ٢٠٥).
(١٣) (٦/ ٢٧٠).

حديث أبى هريرة أخرجه البخاري[١]، ومسلم[٢]، وأبو داود[٣]، والنسائي[٤]، وابن ماجه[٥] وأحمد[٦] وابن خزيمة[٧] والبيهقي[٨] من طريق أبى زرعة عن أبى هريرة.

وأما حديث ابن عمر فأخرجه البخاري[٩]، ومسلم[١٠]، ومالك[١١]، وأبو داود[١٢]، والترمذي[١٣]، والنسائي[١٤]، وابن ماجه[١٥]، وأحمد[١٦]، والدارمي[١٧]، والطيالسي[١٨]، والحميدي[١٩]، وابن الجارود فى المنتقى[٢٠]، وأبو يعلى[٢١]، وابن حبان[٢٢]، والدارقطني[٢٣]، والبيهقي[٢٤]، وأبو نعيم فى الحلية[٢٥]، والبغوى فى شرح السنة[٢٦]، كلهم من طريق نافع عن ابن عمر

---

(١) (٣/ ٣٣٤) كتاب: الزكاة، باب: فضل صدقة الشحيح حديث (١٤١٩) .
(٢) (٢/ ٧١٦) كتاب: الزكاة حديث (٩٢ - ٩٣/ ١٠٣٢) .
(٣) (٢/ ١٢٦) كتاب: الوصايا، باب: ما جاء في كراهية الإضرار بالوصية حديث (٢٨٦٥) .
(٤) (٥/ ٦٨) كتاب: الزكاة، باب: أى الصدقة أفضل .
(٥) (٢/ ٩٠٣) كتاب: الوصايا، باب: النهى عن الإمساك فى الحياة حديث (٢٧٠٦) .
(٦) (٢/ ٢٣١، ٤١٥، ٤٤٧) .
(٧) (٤/ ١٠٣) رقم (٢٤٥٤) .
(٨) (٤/ ١٩٠) .
(٩) (٥/ ٤١٩) كتاب: الوصايا، باب: الوصايا وقول النبيﷺ: «وصية الرجل مكتوبة عنده» حديث (٢٧٣٨) .
(١٠) (٣/ ١٢٤٩) كتاب: الوصية حديث (١، ٢، ٣) (١٦٢٧) .
(١١) (٢/ ٧٦١) كتاب: الوصية، باب: الأمر بالوصية حديث (١) .
(١٢) (٢/ ١٢٥) كتاب: الوصايا، باب: ما جاء فيما يؤمر به من الوصية حديث (٢٨٦٢) .
(١٣) (٤/ ٣٧٥ - ٣٧٦) كتاب: الوصايا، باب: ما جاء فى الحث على الوصية حديث (٢١١٨).
(١٤) (٦/ ٢٣٨ - ٢٣٩) كتاب: الوصايا، باب: الكراهية فى تأخير الوصية حديث (٣٦١٥) .
(١٥) (٢/ ٩٠٢) كتاب: الوصايا، باب: الحث على الوصية حديث (٢٧٠٢) .
(١٦) (٢/ ١٠، ٥٠، ٥٧، ٨٠، ١١٣) .
(١٧) (٢/ ٤٠٢) كتاب: الوصايا، باب: من استحب الوصية .
(١٨) (١/ ٢٨٢ - منحة) رقم (١٤٢٨) .
(١٩) (٢/ ٣٠٦) رقم (٦٩٧) .
(٢٠) رقم (٩٤٦) .
(٢١) (١٠/ ١٩٧ - ١٩٨) رقم (٥٨٢٨) .
(٢٢) (٥٩٩٢) .
(٢٣) (٤/ ١٥٠) كتاب: الوصايا حديث (٤) .
(٢٤) (٦/ ٢٧٢) كتاب: الوصايا .
(٢٥) (٦/ ٣٥٢) .
(٢٦) (٣/ ٢٠٦) .

مرفوعًا.

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

أما عامر بن سعد[1]: فهو عامر بن سعد بن أبى وقاص، الزهرى القرشى المدنى، سمع أباه، وعثمان. سمع منه الزهرى، وإسماعيل بن محمد بن سعدٍ. وهو أخو مصعب، ومحمدٍ، ويحيى، وعمر، وإبراهيم، وعائشة واتفقوا على توثيقه. توفى بالمدينة سنة أربع ومائة، وقيل غير ذلك.

قوله: (إنك أن تترك ورثتك أغنياء)[2] بفتح «أن»، وهو مبتدأ، وخبره، خير، أى: تركك ورثتك أغنياء خير. ومن روى بكسر إن فهو شرط، وجوابه محذوف تقديره: فهو خير.

وقوله: (عالة) يقال: عال يعيل عيلة؛ فهو عائل، أى: افتقر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ﴾ [الضحى: ٨] أى: أزال عنك فقر النفس، وجعل لك الغنى الأكبر المعنى بقوله - عليه الصلاة والسلام -: (إنما الغنى غنى النفس). وقيل معناها: وجدك فقيرًا إلى رحمته وعفوه فأغناك بما غفر لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، ولا غنى أفضل من ذلك. ويقال: ما عال من اقتصد، أى: ما افتقر من سلك فى نفقته القصد، كقوله: ﴿لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ﴾ [الفرقان: ٦٧][3].

قوله: (يتكففون الناس) فيه تأويلات:

أحدها: يأتونهم من كُفَفِهم، أى: جوانبهم وأطرافهم، مأخوذ من كُفَّة القميص، وهو: طرفه وحاشيته.

ثانيها: أى: يسألونهم فيمدون إليهم أكفهم.

ثالثها: أى: يسألون الناس ما فى أكفهم، فهذان مأخوذان من الكف، باختلاف المعنى.

رابعها: أى: يسألونهم كفًّا كفًّا من طعام.

خامسها: أى: يسألونهم ما يكفون به الجوع، يقال: تكفف السائل واستكف:

---

(١) تنظر ترجمته فى: تهذيب التهذيب (٥/٥٦) وجمهرة الأنساب (١٢٩)، والثقات (٥/١٨٦)، والتاريخ الكبير (٣/٢/٤٤٩) ومعرفة الثقات (٢/١١)، وتهذيب الأسماء واللغات (١/٢٥٦).

(٢) ينظر: النظم (٢/٩٦).

(٣) ينظر: عمدة الحفاظ (٣/١٧٦).

إذا بسط كفه للسؤال، أو طلب ما يكف به الجوع[١].

قوله: (يجنف فى الوصية)[٢] الجنف: الميل، وقد جنف - بالكسر - يجنف جنفًا، قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا﴾ [البقرة: ١٨٢][٣] وقال عامر الخصفى:

هم المولى وإن جنفوا علينا وإنا من لقائهم لزور[٤]

وقوله: ﴿قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: ٩] السداد: ضد الفساد، أى: قولًا قصدًا مستقيمًا، لا ميل فيه.

وقوله: (ولا تمهل)[٥] أى: لا تؤخر، قال تعالى: ﴿فَمَهِّلِ الْكَافِرِينَ أَمْهِلْهُمْ رُوَيْدًا﴾ [الطارق: ١٧] وأمهله: أنظره، والاسم: المهلة، وتمهل فى أمره، أى اتأد.

الأحكام: كل من ملك التصرف فى ماله بالبيع والهبة، ملك الوصية بثلث ماله بما فيه قربة؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

وروى: أن النبى ﷺ قال: «إِنَّ اللهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فى آخِرِ آجَالِكُمْ زِيَادَةً فى حَسَنَاتِكُمْ»[٦]. وروى عن سعد بن أبى وقاص: أنه قال: مرضتُ بمكة عام الفتح مرضًا أشرفت فيه على الموت، فدخل علىّ رسول الله ﷺ، فقلت: يا رسول الله، إن لى مالا كثيرًا، وإنما يرثنى ابنة لى، أفأتصدق بمالى كله؟ قال: «لا». قلت: أفأتصدق بثلثى مالى؟ قال: «لا». قلت: فبالشطر؟ قال: «لا». قلت: فبالثلث؟ قال: «الثُّلُثُ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ - وروى «كَبِيرٌ» - إِنَّكَ أَنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرُكَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» فلم ينهه عن الثلث، وإنما قال: هو كثير؛ فدل على جواز التصدق به.

فصل: فإن كان ورثته فقراء، فالمستحب له ألا يوصى بجميع الثلث؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إِنَّكَ أَنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرُكَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ».

---

(١) ينظر: غريب الحديث لابن قتيبة (١/ ٣٤٤)، والمجموع المغيث (٣/ ٦٣ - ٦٥)، والفائق (٢/ ٢٤٤)، والنهاية (٤/ ١٩٠)، والصحاح والمصباح (كفف).

(٢) ينظر: النظم (٢/ ٩٧).

(٣) ينظر: معانى القرآن للفراء (١/ ١١١)، والغريبين (١/ ٤١٠)، ومعانى القرآن للزجاج (١/ ٢٣٧)، وتفسير ابن قتيبة (٧٣)، وتفسير الطبرى (٢/ ١٢٣ - ١٢٨).

(٤) البيت فى اللسان (جنف، ولى) والتاج (ولى)، ومجاز أبى عبيدة (١/ ٦٦)، والعباب (٧١).

(٥) ينظر: النظم (٢/ ٩٨، ٩٩).

(٦) سيأتى قريبًا.

وإن كانوا أغنياء: استحب له أن يوصى بجميع الثلث؛ لأنه لما كره له استيفاء الثلث إذا كانوا فقراء، دل على أنه يستحب له أن يستوفى الثلث إذا كانوا أغنياء.

فصل: والمستحب لمن رأى المريض يجنفُ فى الوصية أن ينهاه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: ٩].

قال أهل التفسير: المراد بذلك الحاضرون عند الموصى.

فصل: والمستحب لمن أراد التصدق: أن يفعل ذلك فى صحته؛ لما ذكرناه فى بداية حديثنا عن الوصايا: أن النبى ﷺ سُئِلَ عَنْ أفضلِ الصدقةِ، فقالَ: «أَنْ تَتَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ تَخْشَى الْفَقْرَ وَتَأْمُلُ الغِنَى، وَلا تُمْهِلْ حتَّى إذا بَلَغَتِ الْحُلْقُومَ، قُلْتَ: لِفُلانٍ كَذَا، ولِفُلانٍ كَذَا، وَقَدْ كَانَ لِفُلانٍ».

وإن اختار الوصية، فالمستحب له أن يقدمها؛ لما ذكرناه - أيضًا - من حديث ابن عمر: أن النبى ﷺ قال: «مَا حَقُّ امرئٍ مُسْلِمٍ عَنْدَهُ شَىء يُوْصَى فِيهِ يبيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ».

فرع: قد كانت الوصية واجبة فى ابتداء الإسلام بجميع المال للأقربين؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾ [النساء: ١٢]، ثم نسخت بآية المواريث، وبقى استحبابها فى حق من ليس بوارث فى الثلث فما دونه[١].

إذا ثبت هذا: فالناس الموصى لهم على ثلاثة أضرب:

ضربٌ تجوز لهم الوصية ولا تجبُ، بلا خلاف بين أهل العلم، وهو: من كان أجنبيًّا من الموصِى؛ لأن البراء بن معرور أوصى للنبى ﷺ بثلث ماله فقبله منه[٢]، ولا قرابة بينهما؛ لأن النبى ﷺ قرشى والبراء أنصارى.

---

(١) ينظر: شرح البدخشى (٢/ ١٦١، ١٦٢).

(٢) أخرجه الحاكم (١/ ٣٥٣ و٣٥٤) وصححه ووافقه الذهبى، والبيهقى (٦/ ٢٧٦) عن أبى قتادة، وفى إسناده نعيم بن حماد، وهو صدوق يخطئ كثيرًا، قاله الحافظ فى التقريب ص (١٠٠٦).

ومن طريق آخر أخرجه الطبرانى فى الكبير (٢/ ٢٨ - ٢٩) (١١٨٥)، وقال الهيثمى فى المجمع (٤/ ٢١٦): رواه الطبرانى وتابعيه لم أعرفه وبقية رجاله ثقات.

والضرب الثانى: تجوز لهم الوصية ولا تجب عندنا، وهم من لا يرث الموصى وبينهما قرابة: كالعمات، والخالات، وسائر ذوى الأرحام، أو كان ممن يرثه إلا أن هناك من يحجبه.

وقال الضحاك، والزهرى، وأبو مجلز، وداود، وابن جرير: تجب لهم الوصية؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَن تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُم مَّعْرُوفًا﴾ [الأحزاب: ٦].

وفسر ذلك بالوصية؛ فجعل ذلك إليهم.

ولقوله ﷺ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَىء يُرِيدُ أَنْ يُوصِى بِهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ» فعلق الوصية على الإرادة.

ولقوله ﷺ: «إِنَّكَ أَنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتْرُكَهُمْ عَالَةً». وهذا يدل على أنها لا تجب؛ لأن ترك الوارث غنيًّا لا يكون خيرًا من الواجب.

وروى: أن عليًّا - رضى الله عنه - دخل على رجل من بنى هاشم، فقال له: لى ثمانمائة درهم، أفأوصى؟ قال: لا[1].

وروى: أن ابن عباس دخل على مريض، فقال: لى سبعمائة درهم، أفأوصى؟ قال: لا؛ إنك لا تتركُ خيرًا[2].

وكذلك روى عن ابن عمر وعائشة[3].

وأما الآية: فمنسوخة بآية المواريث.

والضرب الثالث: إذا أوصى رجل لوارثه، قال الشيخ أبو حامد: فلا تصح الوصية له، قولا واحدًا؛ لما روى أبو أمامة: أن النبى ﷺ قال: «إِنَّ الله قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ».

وروى ابن عباس: أن النبى ﷺ قال: «لا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ

(١) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٢٧٠) كتاب الوصايا، باب من استحب ترك الوصية إذا لم يترك شيئًا كثيرًا.
(٢) ينظر: السابق .
(٣) ينظر: السابق .

الْوَرَثَةُ».

فإن أجاز سائر الورثة الوصية، فهل تكون إجازتهم لها تنفيذًا لما فعله الموصى، أو ابتداء عطية منهم فيه قولان:

أحدهما: أنها ابتداء عطية منهم؛ لحديث أبى أمامة: أن النبى ﷺ قال: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»، ولأنها عطية لا تلزم فى حق الوارث؛ فكانت ابتداء عطية منه، كما لو وهبه الوارث شيئًا من مال نفسه.

والثانى: أنها تنفيذٌ لما فعله الموصى، وهو قول أبى حنيفة، وهو الأصح؛ لحديث ابن عباس: أن النبى ﷺ قال: «لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ»؛ فدل على أنهم إذا شاءوا، جازت الوصية.

وسوف يأتى مزيد بيان لمسألة الوصية للوارث فى الفصل الذى سيعقده المصنف لها، إن شاء الله تعالى.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وأما من لا يجوز تصرفه فى المال، فإن كان ممن لا يميز؛ كالمعتوه، والمبرسم، ومن عاين الموت؛ لم تصح وصيته؛ لأن الوصية تتعلق صحتها بالقول، ولا قول لمن لا يميز؛ ولهذا لا يصح إسلامه، ولا توبته، فلم تصح وصيته.

فإن كان صبيا مميزًا أو بالغًا مبذرًا - ففيه قولان:

أحدهما: لا تصح وصيته؛ لأنه تصرف فى المال فلم يصح من الصبى والمبذر؛ كالهبة.

والثانى: تصح؛ لأنه إنما منع من التصرف خوفًا من إضاعة المال، وليس فى الوصية إضاعة المال؛ لأنه إن عاش فهو على ملكه، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب، وقد حصل له ذلك بالوصية.

(الشرح) قوله: (المعتوه) الناقص العقل، والتعته: التجنن والرعونة، وقد عُتِهَ، ورجل معتوه بين العته، قال رؤبة: [من الزجر]

بعد لجاج لا يكاد ينتهى عن التصابى وعن التعته[1].

قوله (المبرسم) هو: الذى به البرسام، وهى: علة معروفة تزيل العقل، وهى

(١) ينظر: الرجز فى ديوانه ص ١٦٥، واللسان (عته)، والتاج (عته)، وتهذيب اللغة (٦/ ٢٤٤)، وكتاب العين (٤/ ٣٧)، ومجموع أشعار العرب (١٦٥).

ورمة تصيب الدماغ نفسه، وتتقدمها حمى مطبقة دائمة، مع ثقل الرأس، وحمرة شديدة، وصداع، وكراهية الضوء؛ فيزول العقل، كذا ذكر فى كتب الطب، وفقه اللغة[١].

وقيل: إنه ابن الموت؛ لأن (بر) بالسريانية: الابن، و (السام) الموت[٢]، ومنه الحديث فى الحبة السوداء: (إنها شفاء من كل داء إلا السام، قيل: وما السام؟ قال: الموت)[٣]. ويقال: برسم الرجل؛ فهو مبرسم.

الأحكام: من لا يجوز تصرفه فى ماله كالمعتوه والمبرسم لا تصح وصيته؛ لأن صحتها تتعلق بالقول، ولا قول معتبر لمن لا تمييز له ولا عقل، وحكم الصبى غير المميز حكم المجنون، وفى الصبى المميز والمحجور عليه بتبذيره، قولان:

أحدهما: لا تصح وصيتهما؛ كهبتهما وإعتاقهما[٤].

والثانى: تصح: أما فى الصبى؛ فلما روى أن غلامًا لابن عباس - رضى الله عنهما - حضرته الوفاة، وله عشر سنين، فأوصى لبنت عم له، وله وارث، فرفعت القصة إلى عمر - رضى الله عنه - فأجاز وصيته، ولم ينكر عليه[٥].

---

(١) ينظر: فقه اللغة للثعالبى (١٤٩)، المصباح (برسم) (٢/ ٥٣٦).

(٢) ينظر: المعرب (١٥٦)، جمهرة اللغة (٣/ ٣٨٦)، تهذيب اللغة (١٣/ ١٥٧)، شفاء الغليل (١٥٠).

(٣) ينظر: الفائق (٣/ ٣٣٠)، النهاية (٢/ ٤١٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٣٤)، والمغنى لابن قدامة (٦/ ٥٢٧).

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٥٨٤) كتاب الوصية، باب جواز وصية الصغير.. (٢) وعبد الرزاق فى المصنف (١٦٤٠٩) و (١٦٤١٠)، والبيهقى (٦/ ٢٨٢) عن عمرو بن مسلم الزرقى أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن هاهنا غلامًا يفاعًا، وهذه رواية مالك، أما عند عبد الرزاق فإن عمرو بن سليم بلغ عمر، وفى رواية أن عمرو بن سليم الغسانى أوصى وهو ابن عشر... فأجاز عمر وصيته.

وقال البيهقى: والخبر منقطع؛ فعمرو بن سليم الزرقى لم يدرك إلا أنه ذكر فى الخبر انتسابه إلى صاحب القصة.

قال ابن التركمانى متعقبًا البيهقى فى هذا الأثر: فى الثقات لابن حبان قيل إنه كان يوم قتل عمر بن الخطاب قد جاوز الحلم، وقال أبو نصر الكلاباذى: قال الواقدى: كان قد راهق الاحتلام يوم مات عمر. انتهى كلامه.

وظهر بهذا أنه ممكن لقاؤه لعمر؛ فتحمل روايته عنه على الاتصال على مذهب الجمهور كما عرف.

وعن عثمان - رضى الله عنه - أنه أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة[١].

ولأن الوصية لا تزيل الملك فى الحال، وتفيد الثواب بعد الموت؛ فصحت كسائر القربات.

وأما فى السفيه[٢] فبالقياس عليه، بل من طريق الأولى؛ لأنه صحيح العبارة؛ ولهذا جزم البندنيجى بصحة وصيته، وكذلك المراوزة هنا، وهو الذى صححه الرافعى.

وحكى الغزالى فى كتاب التدبير فى صحته خلافًا، ولا فرق بينهما.

وفى الحاوى: أنا إذا لم نصحح وصية الصبى، ففى المبذر وجهان.

والصحيح من القولين فى الصبى عند الأكثرين البطلان، وعند الأستاذ أبى منصور وصاحب المرشد مقابله.

وعلى هذا قال فى الحاوى: فى صحة محاباته وهبته وعتقه فى مرض موته وجهان:

وجه الصحة: أن ذلك وصية تعتبر من الثلث.

ووجه المنع: أن الوصية يقدر على الرجوع فيها إن شفى، والهبة والعتق لا يقدر على ردهما.

والعبد إذا أوصى ثم مات على الرق، بان فساد وصيته.

وإن عتق وترك مالا، فوجهان:

أصحهما - فى الرافعى -: البطلان؛ لأنه لم يكن أهلا حينئذ.

والمفلس إذا أوصى: فإن رد الغرماء وصيته بطلت، وإن أمضوها جازت؛ إن قلنا: حجره حجر المرض، وإن قلنا: حجر السفه، كان على الخلاف.

والمرتد إذا أوصى، وقلنا ببقاء ملكه، ففى صحة وصيته وجهان، أصحهما - فى البحر -: الجواز[٣].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وأما إذا أوصى بما زاد على الثلث فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما

---

(١) ذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٢٠٤) وقال: لم أجده .

(٢) ينظر مغنى المحتاج (٤/ ١٤٥) .

(٣) ينظر كفاية النبيه خ .

زاد على الثلث؛ لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم؛ فبطلت.

فإن كان له وارث ففيه قولان:

أحدهما: أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث؛ لأن النبى ﷺ نهى سعدًا عن الوصية بما زاد على الثلث، والنهى يقتضى الفساد؛ وليست الزيادة مالًا للوارث؛ فلم تصح وصيته به؛ كما لو أوصى بمالٍ للوارث من غير الميراث.

والثانى: أنها تصح، وتقف على إجازة الوارث، فإن أجاز نفذت، وإن ردها بطلت؛ لأن الوصية صادفت ملكه، وإنما يتعلق بها حق الوارث فى الثانى، فصحت ووقفت الإجازة؛ كما لو باع ما فيه شفعة.

فإن قلنا: على أنها باطلة - كانت الإجازة هبةً مبتدأةً يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذى تنعقد به الهبة، ويعتبر فى لزومها القبض.

وإن كانت الوصية عتقًا لم يصح إلا بلفظ العتق، ويكون الولاء فيه للوارث.

وإن قلنا: إنها تصح؛ كانت الإجازة إمضاءً لما وصى به الموصى، وتصح بلفظ الإجازة؛ كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو.

فإن كانت الوصية عتقًا - كان الولاء للموصى، ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت؛ لأنه لا حق له قبل الموت؛ فلم يصح إسقاطه؛ كالعفو عن الشفعة قبل البيع.

(الشرح) الأحكام: إن أوصى بأكثر من الثلث ولا وارث له، بطلت الوصية فيما زاد على الثلث - أى: وصحت فى الثلث - لقوله ﷺ: «إِنَّ اللهَ أَعْطَاكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ؛ زِيَادَةً فِى أَعْمَالِكُم»[1]؛ فدل على عدم ملكه لما زاد على الثلث؛ ولأن الأنصارى أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم، فجزأهم رسول الله ﷺ ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرقّ أربعًا[2]. قال أصحابنا: ولم يكن له وارث؛ إذ لو كان لوقفه على إجازته ولا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث هاهنا بإجازة الإمام، وتوجيهه: أن مال من هذا حاله ينتقل إلى بيت مال المسلمين ميراثًا للمسلمين، والإمام نائب عنهم فى التصرف فيه؛ فلا تنفذ الوصية فيما لم يجز الشرع تنفيذه

---

(١) تقدم.
(٢) سيأتى قريبًا.

بإجازته؛ كولى اليتيم.

وقد حكى المتولى[١] وجهًا آخر جزم به فى البحر: أنها تنفذ بإجازته؛ إقامة للإمام مقام الوارث الخاص.

وقد جعل القاضى الحسين هذا الوجه الأظهر مع حكايته وجه المنع، وقال: إن من أصحابنا من قال: إن المال لا يصرف لبيت المال إرثًا، بل صَرْفَ المال الضائع؛ لأنا نتيقن أن له وارثًا من المسلمين؛ لأنه لا يخلو عن بنى أعمام وهم غير معلومين؛ فبقى ضائعًا يوضع فى بيت المال؛ ليصرف إلى المصارف.

وهذا فيه نظر؛ لأن الميت يجوز أن يكون من زنى[٢]؛ فلا بنى أعمام له؛ وبذلك ينتفى اليقين، ووراء ذلك وجهان غريبان:

أحدهما: عن شرح أدب القضاء للشيخ أبى عاصم العبادى: أن الوصية نافذة بجميع المال - كمذهب أبى حنيفة - تمسكًا بأنه - عليه السلام - لما منع سعدًا من الزيادة على الثلث، قال: «إنك أن تدع ورثتك أغنياء...» الحديث؛ فجعل المنع من الزيادة حقًّا للوارث، فلما لم يكن وارث سقط المنع، هكذا قاله الرافعى.

والثانى - حكاه القاضى الحسين فى تعليقه -: أنه لا تصح الوصية ممن لا وارث له بشىء من ماله للمسلمين؛ بناء على أن المال يصرف لبيت المال إرثًا، والوصية للوارث باطلة، وطرده فى جواز صرف شىء من مال من قتل من المسلمين ولا وارث له، لقاتله.

والصحيح ما ذكرناه أولا، وما ذكر فى الحديث فللتنبيه على الأخص، وليس بتعليل؛ لأنه لو كان للتعليل لاقتضى جواز الزيادة على الثلث؛ إذا كان الورثة أغنياء، والفرق بين الوارث المعين والواحد من المسلمين إذا قلنا: إن بيت المال وارث - أن المال فى الوارث المعين واصل إليه؛ فيؤدى إلى اجتماع الميراث والوصية له، والشرع نهى عن ذلك بخلاف الواحد من الأجانب؛ فإن الوصية إليه ليس من ضرورتها الاجتماع مع الميراث.

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج (٣/٤٦).
(٢) ينظر: العناية شرح الهداية (٤/١٣٨).

فرع: فإن كان له وارث، ففيه قولان:

أحدهما: تبطل الوصية، بالزائد على الثلث، وتصح بالثلث؛ لأن النبى ﷺ نهى سعدًا عن الزيادة على الثلث، والنهى يقتضى الفساد، وهذا ما اختاره كثير من مشايخ خراسان، كما نقله فى البحر.

ويجىء فى المسألة - على هذا - وجه: أن الوصية تبطل فى الثلث أيضًا؛ لأن المتولى حكى وجهًا فيما إذا أوصى بثلثه لوارثه ولأجنبى، ولم نصحح الوصية للوارث -: أن الوصية للأجنبى تبطل؛ بناء على تفريق الصفقة، وحكاه فى البحر - أيضًا - نظرًا إلى أن الصيغة جمعت حلالا وحرامًا، وأشار إليه البندنيجى احتمالا؛ لأنه حكى عن شيخه عدم البطلان فى نصيب الأجنبى، ثم قال: وفيه نظر. وإذا جرى هذا الوجه ثمَّ، وجب جريانه هنا[١].

والثانى: تصح وتوقف على إجازة الوارث: فإن أجاز صحت، وإن رد بطلت؛ لأنها وصية صادفت ملكه، وإنما تعلق بها حق الغير؛ فأشبه بيع الشقص المشفوع[٢]؛ وهذا ما قال القاضى أبو الطيب، والرويانى، وغيرهما إنه الصحيح.

وقال البندنيجى: إنه المنصوص عليه فى عامة كتبه وفى عامة أبواب الأم[٣].

إذا ثبت هذا فإن قلنا: إن إجازة الورثة فى الوصية للوارث فيما زاد على الثلث تنفيذٌ لما فعله الموصى - كفاهم لفظ الإجازة، ولا يحتاج الموصى له إلى قبول الإجازة.

وإن قلنا: إن إجازة الورثة ابتداء عطية منهم، ففيه وجهان:

قال الشيخان - أبو حامد والمصنِّف -: لا يصح ذلك إلا بما تصح به الهبة من الإيجاب والقبول، والإذن بالقبض، والقبض.

قال القفالُ، والمسعودى، وابن الصباغ: يكفيه لفظ الإجازة على القولين؛ لأن

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .
(٢) ينظر: مختار الصحاح (٣٤١)، حاشيتى قليوبى وعميرة (٣/ ٤٢) .
(٣) ينظر: كفاية النبيه خ .

الشافعي - رحمه الله - قال في جميع كتبه: إذا أجاز الورثة ذلك، كانت عطية.
ولأن النبي ﷺ قال: «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ» فعلقها على الإجازة؛ فدل على أنهم إذا أجازوها بلفظ الإجازة، صح.

وإن أعتق المريض عبدًا لا مال له غيره، عتق ثلثه عليه، وثبت ولاؤه له.

وأما ثلثاه: فإن لم يجز الورثة العتق، رُقَّ. وإن أجازوه:

فإن قلنا: إن الإجازة تنفيذ لما فعله الميت، كفاهم لفظ الإجازة، وكان ولاء جميع العبد للمريض.

وإن قلنا: إن الإجازة ابتداء عطية منهم، فهل تفتقرُ إلى لفظ العتق، أو يكفي فيه لفظ الإجازة؟ على وجهين.

وهل يكون ولاء ما زاد على الثلث للمريض، أو لوارثه إذا قلنا: لا يعتق إلا بإعتاق الوارث؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنَّ ولاءه للوارث؛ لأنه باشر عتقه.

والثاني: أنه للموصي، وهو قول ابن اللبان؛ لأن الوارث وإن باشرَ عتقهُ إلا أنه أعتقه عن الميت بإذنهِ، ومن أعتق عن غيره عبده بإذنه، فإن ولاءه للمعتق عنه.

ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت؛ إذ لا حق للوارث قبل الموت؛ فلا ينفذ رده وإجازته؛ كما في عفو الشفيع قبل البيع، ولأن الرد والإجازة إنما يصحان من وارث، ويجوز أن يصير هذا غير وارث؛ فلم يصح الرد والإجازة.

وهكذا الحكم فيما لو أذن لمورثه في الوصية بأكثر من الثلث.

وعن الأستاذ أبي منصور فيما إذا حصلت الإجازة بعد الموت وقبل القسمة: أنها هل تنزل منزلة الإجازة قبل الموت؟ قال: فيه قولان مخرجان للأصحاب، والظاهر لزومها[1].

هذا مذهبنا: وقال الحسن، وعطاء، والزهري، وربيعة بصحة إجازة الوصية فيما زاد على الثلث قبل موت الموصي.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

وقال مالك، والأوزاعى، وابن أبى ليلى: إن أجازوا ذلك فى صحة الموصى لم تصح. وإن أجازوا ذلك فى مرضِ موته صحت إجازتهم.

ودليلنا عليهم ما ذكرناه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن أجاز الوارث ما زاد على الثلث ثم قال: أجزت؛ لأنى ظننت أن المال قليل، وأن ثلثه قليل، وقد بان أنه كثير - لزمت الإجازة فيما علم، والقول قوله فيما لم يعلم مع يمينه.

فإذا حلف لم يلزمه؛ لأن الإجازة فى أحد القولين هبة، وفى الثانى إسقاط؛ والجميع لا يصح مع الجهل به.

وإن وصى بعبدٍ فأجازه الوارث، ثم قال: أجزت؛ لأنى ظننت أن المال كثير، وقد بان أنه قليل - ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قوله؛ كالمسألة قبلها.

والثانى: أنه يلزمه الوصية؛ لأنه عرف ما أجازه، ويخالف المسألة قبلها؛ فإن هناك لم يعلم ما أجازه.

(الشرح) الأحكام: فإن أجاز الوارث الوصية فيما زاد على الثلث، أى: على قولنا بأن الوصية صحيحة بالإجازة، ثم قال: أجزت؛ لأننى ظننت أن المال قليل، وقد بان خلافه فالقول قوله مع يمينه: إنه لم يعلم. مثال ذلك: أن يوصى رجل لشخص بنصف ماله، فيجيزه الوارث بلفظ الإجازة بعد الموت، ثم يقول بعد ذلك: ظننت أن التركة ستة آلاف دينار - مثلا - فيكون ما أجزته ألفًا - وهو الزائد على الثلث - وقد ظهر لى أن التركة ستون ألفًا فيكون الزائد على الثلث عشرة آلاف، ولم أرض بذلك فيكون القول قوله مع يمينه: إنه لم يعلم؛ لأن الأصل عدم علمه بذلك، فإذا حلف نفذت الإجازة فى القدر الذى ادعى علمه به - وهو ألف - وسلم للموصَى له مع الثلث؛ ليَكمُل له إحدى وعشرون ألفًا، والباقى للوارث؛ لأن ذلك إسقاط حق عن أعيان؛ فلم يصح مع الجهل كالهبة، وهذا ما نص عليه فى الأم، كما حكاه فى الشامل والبحر، وفى الإملاء، كما حكاه الرافعى.

وفى تعليق القاضى الحسين مع هذا وجه آخر: أنه لا تصح الإجازة فى شىء

أصلا فيصح للوارث فى مثالنا أربعون ألفًا، وأن مثل هذا الخلاف يجرى فى الإبراء من المجهول، فعلى وجه: لا يصح فى القدر الزائد على المحقق، ويصح فى المحقق، وعلى وجه: لا يصح فى شىء أصلا.

وعلى قياس ما حكى عن القاضى أبى الطيب من الجزم بصحة الإجازة مع الجهالة: ألا نجعل لقول الوارث أثرًا، ويسلم النصف من التركة للموصَى له، وكذا إذا قلنا: إن الإبراء عن المجهول يصح.

ولو أقام الموصَى له بينة على علم الوارث بمقدار التركة، لزمت الإجازة.

فرع: وإن أوصى إنسان لشخص بعبد معين - أو نحوه - قيمته أكثر من الثلث، فأجاز الوارث الوصية، ثم قال: ظننت أن المال كثير؛ فيكون الزائد من قيمة العبد على الثلث قدرًا يسيرًا، والآن فقد ظهر أن المال قليل، وأن قيمة العبد تستغرق أكثر التركة، ولم أرض بذلك، أو قال: ظهر لى دين لم أعلمه، أو تبين لى أنه تلف بعض التركة - فأحد القولين: أنه يقبل قوله، كالمسألة قبلها؛ فتثبت الوصية فى الثلث، والقدر اليسير الذى اعتقده كما قاله البندنيجى، والرويانى، وغيرهما، وبه جزم المتولى.

والثانى: لا يقبل، وتلزم الوصية فى جميع العبد؛ لأن الإجازة هنا وقعت بمقدار معلوم، والجهل حصل فى غيره؛ فلم يقدح فيها، وأما فى المسألة قبلها، فإن الجهل حصل فيما حصلت فيه الإجازة فأثر فيها.

وهذا كله تفريع على القول بصحة انعقاد الوصية بالزائد على الثلث، وأن إجازة الوارث تنفيذ، أما إذا قلنا بعدم انعقاد الوصية بالزائد على الثلث، وأن ما وجد من الوارث ابتداء عطية - فينظر بعد حلفه: إن كانت التركة فى يد الموصَى له، وقد وجد اللفظ المعتبر فى ذلك كما قدمناه - لزمت فى القدر الذى ادعى العلم به، وفسدت فى الباقى، كذا نصه.

وفى التتمة: أن الحكم كذلك فيما إذا كانت الإجازة بالزائد فى العبد المعين، وأما إذا كانت الإجازة بجزء من التركة فإنها تنفذ فى الكل، وعلى ذلك جرى فى الحاوى فى الصورة الأخيرة.

وإن لم تكن التركة فى يده فله الرجوع فى جميع القدر الزائد؛ لعدم اتصاله بالقبض، ولا يمين عليه.

ولو أقام الموصَى له بينة على علمه بمقدار التركة: فإن لم تكن التركة فى يد الموصى له؛ فلا أثر للبينة، وإن كانت فى يده، كانت بمنزلة إقراره، فيخرج على أن الإذن فى قبض ما وهبه له وهو فى يده هل يشترط أم لا؟[1]

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قدر المال لإخراج الثلث.

فمنهم من قال: الاعتبار بقدر المال فى حال الوصية؛ لأنه عقد يقتضى اعتبار قدر المال فكان الاعتبار فيه بحال العقد؛ كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله.

فعلى هذا لو أوصى وثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين - لم تلزم الوصية فى الزيادة.

فإن وصى بألفٍ ولا مال له، ثم استفاد مالًا - لم تتعلق به الوصية.

وإن وصى وله مال فهلك ماله - بطلت الوصية.

ومنهم من قال: الاعتبار بقدر المال عند الموت؛ وهو المذهب؛ لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها، ولأنه لو وصى بثلث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن.

فلو كان الاعتبار بحال الوصية - لم تتعلق بالثمن؛ لأنه لم يكن حال الوصية.

فعلى هذا: لو وصى بثلث ماله، وماله ألف فصار ألفين، لزمت الوصية فى ثلث الألفين.

فإن وصى بمالٍ ولا مال له، ثم استفاد مالًا - تعلقت به الوصية.

فإن وصى بثلثه، وله مال، ثم تلف ماله - لم تبطل الوصية.

(الشرح) الأحكام: فى الوقت الذى يعتبر به المال لإخراج الثلث وجهان:

أحدهما: أن الاعتبار به وقت الوصية؛ لأن الوصية عقد على المال، فكان الاعتبار بقدر المال وقت العقد؛ كالبيع والنذر.

فعلى هذا: إذا أوصى له بثلث ماله، ولا مال له وقت الوصية، لم تصح له

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

الوصية، وإن استفاد مالا بعد ذلك، لم تتعلق به الوصية الأولى.

وإن كان ثلثه عند الوصية ألفًا، فصار عند الوفاة ألفين، لم تصح الوصية إلا بالثلث، وهو عند الوصية ألف.

وإن كان له مالٌ عند الوصية، فهلك ذلك المال واستفاد مالا آخر، لم تتعلق به الوصية الأولى.

والوجه الثانى - وهو المذهب، وهو قول أهل العراق، قال الشيخ أبو حامد: وأظنه إجماعًا -: أن الاعتبار بالمال وقت موت الموصى؛ لأن الوصية وعد فى حياة الموصى لا حكم لها، وإنما تجب ويصير لها حكم بوفاته؛ فاعتبر المال وقت وجوبها. ولأنه لا خلاف أنه لو وصى بثلث ماله، وله مالٌ فباعه، فإن الوصية تتعلق بالثمن، فلو كان الاعتبار بالمال وقت الوصية، لبطلت هاهنا.

فعلى هذا: إذا وصى بثلث ماله وكان له ألفٌ، فصار عند الوفاة ألفين، أو كان له مال وقت الوصية فهلك واستفاد غيره - تعلقت الوصية بجميع مالِهِ الموجودِ عند موته.

وإن وصى لرجل بثلثِ ماله، ولا مال له، ففيه وجهان:

أحدهما: تصحُّ الوصية، فإن استفاد مالا بعد ذلك، تعلقت به الوصية الأولى؛ لما ذكرناه.

والثانى - حكاه ابن اللبان -: لا تصح الوصية حتى يكون له مالٌ وإن قل؛ لتتوجه إليه الوصية. وهذا ليس بشىء.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وأما الوصية بما لا قربة فيه؛ كالوصية للكنيسة، والوصية بالسلاح لأهل الحرب - فهى باطلة؛ لأن الوصية إنما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات؛ ولهذا روى أن النبى ﷺ قال: «إن الله - تعالى - أعطاكم ثلث أموالكم فى آخر آجالكم زيادةً فى حسناتكم».

وما ذكرناه ليس من الحسنات؛ فلم تصح فيه الوصية.

فإن وصى ببيع ماله من رجلٍ من غير محاباةٍ - ففيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأنه قصد تخصيصه بالتمليك.

والثانى: لا يصح؛ لأن البيع من غير محاباةٍ ليس بقربةٍ؛ فلم تصح الوصية به.

وإن وصى بذمى جاز؛ لما روى أن صفية وصت لأخيها بثلثها ثلاثين ألفًا وكان يهوديًا؛ ولأن الذمى موضع للقربة، ولهذا يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع؛ فجازت له الوصية.

فإن وصى لحربى؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا تصح الوصية؛ وهو قول أبى العباس بن القاص؛ لأن القصد بالوصية نفع الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربى وأخذ ماله، فلا معنى للوصية له.

والثانى: يصح - وهو المذهب - لأنه تمليك يصح للذمى فصح للحربى؛ كالبيع.

(الشرح) حديث «إن الله - تعالى - أعطاكم ثلث أموالكم فى آخر آجالكم...» أخرجه ابن ماجه[1]، والبيهقى[2]، والخطيب فى تاريخ بغداد[3] كلهم من طريق طلحة بن عمرو المكى عن عطاء بن أبى رباح عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم؛ زيادة لكم فى أعمالكم».

والحديث ذكره الحافظ فى التلخيص[4] وعزاه أيضًا للبزار.

وقال البزار: لا نعلم رواه عن عطاء إلا طلحة بن عمرو، وهو وإن روى عنه جماعة فليس بالقوى.

قال البوصيرى فى الزوائد[5]:

هذا إسناد ضعيف؛ طلحة بن عمرو الحضرمى المكى، ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والبخارى وأبو داود والنسائى والبزار والعجلى والدارقطنى وأبو أحمد الحاكم وغيرهم. ا. هـ.

وفى الباب عن أبى الدرداء، ومعاذ بن جبل، وأبى بكر الصديق، وخالد بن

---

(١) (٢/ ٩٠٤) كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، حديث (٢٧٠٩).

(٢) (٦/ ٢٦٩) كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث.

(٣) (١/ ٣٤٩).

(٤) (٣/ ٩١).

(٥) (٢/ ٣٦٦).

عبيد:

حديث أبى الدرداء:

أخرجه أحمد[١]، والبزار[٢]، وأبو نعيم فى الحلية[٣] كلهم من طريق أبى بكر بن أبى مريم عن ضمرة بن حبيب عن أبى الدرداء عن النبى ﷺ قال: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم...».

قال البزار: وقد روى هذا الحديث من غير وجه، وأعلى من رواه أبو الدرداء، ولا نعلم له عنه طريقًا غير هذه الطريق، وأبو بكر بن أبى مريم وضمرة معروفان، وقد احتمل حديثهما.

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد[٤] وقال: رواه أحمد والبزار والطبرانى، وفيه أبو بكر بن أبى مريم وقد اختلط.

حديث معاذ:

أخرجه الطبرانى فى الكبير كما فى مجمع الزوائد[٥]، والدارقطنى[٦]، كلاهما من طريق إسماعيل بن عياش: ثنا عتبة بن حميد الضبى عن القاسم أبى عبد الرحمن عن أبى أمامة عن معاذ بن جبل؛ أن النبى ﷺ قال: «إن الله - عز وجل - تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم؛ زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم».

والحديث ضعفه الحافظ اين حجر فى التلخيص[٧] فقال: وفيه إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد، وهما ضعيفان. ا. هـ.

أما عتبة بن حميد فمختلف فيه: فقد وثقه ابن حبان، وقال أبو حاتم: صالح الحديث.

وقال الهيثمى فى المجمع[٨]:

---

(١) (٤٤١/٦).
(٢) (١٣٩/٢ - كشف) رقم (١٣٨٢).
(٣) (١٠٤/٦).
(٤) (٢١٥/٤).
(٥) (٢١٥/٤).
(٦) (١٥٠/٤) كتاب: الوصايا، حديث (٣).
(٧) (٩١/٣).
(٨) (٢١٥/٤).

رواه الطبراني وفيه عقبة بن حميد الضبي - كذا في المجمع والصواب: عتبة - وثقه ابن حبان وغيره، وضعفه أحمد. ا. هـ.

أما إسماعيل بن عياش فهو ليس بضعيف مطلقا، بل في روايته عن غير أهل بلده، وشيخه في هذا الحديث ليس من أهل بلده.

وهذا الحديث قد رواه ابن أبي شيبة في المصنف[١]:

ثنا عبد الأعلى عن برد عن مكحول عن معاذ بن جبل موقوفًا عليه.

حديث أبي بكر الصديق:

أخرجه ابن عدي في الكامل[٢]، والعقيلي في الضعفاء[٣] من طريق حفص بن عمر بن ميمون الأيلي قال: حدثنا ثور عن مكحول عن الصنابحي أنه سمع أبا بكر الصديق يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم؛ رحمة لكم، وزيادة في أعمالكم وحسناتكم».

وحفص بن عمر، أسند ابن عدي عن النسائي قوله: ليس بثقة.

وقال ابن عدي: عامة أحاديثه غير محفوظة، وأخاف أن يكون ضعيفًا كما ذكره النسائي.

وفي نصب الراية[٤]: وقال العقيلي: يحدث بالأباطيل. ا. هـ.

وقد أورد له العقيلي أحاديث، ثم قال عقبها: هذه كلها بواطيل لا يتابع عليها، وحفص بن عمر هذا يحدث عن شعبة ومالك بن مغول والأئمة بالبواطل.

حديث خالد بن عبيد:

أخرجه الطبراني في الكبير كما في نصب الراية[٥]، قال: حدثنا أحمد بن عبد الوهاب بن نجدة الحوطي: ثنا أبي، ثنا إسماعيل بن عياش عن عقيل بن مدرك عن الحارث بن خالد عن عبيد السلمي عن أبيه خالد بن عبيد السلمي، أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله - عز وجل - أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم؛ زيادة في

---

(١) (١١/ ٢٠٠) رقم (١٠٩٦٤) .
(٢) (٢/ ٣٨٦) .
(٣) (١/ ٢٧٥) .
(٤) (٤/ ٤٠٠) .
(٥) (٤/ ٤٠٠) .

أعمالكم».

والحارث بن خالد بن عبيد مجهول.

وفيه رد على الحافظ الهيثمى إذ قال فى المجمع[١]:

رواه الطبرانى، وإسناده حسن. ا. هـ.

والحديث ذكره ابن الملقن فى خلاصة البدر المنير[٢].

وقال: رواه ابن ماجه والبيهقى من رواية أبى هريرة، والدارقطنى من رواية معاذ ابن جبل، وأحمد من رواية أبى الدرداء، وابن قانع من رواية خالد بن عبد الله السلمى، والعقيلى من رواية أبى بكر، وأسانيده كلها ضعيفة.

وأما أثر «أن صفية وصت لأخيها بثلثها...» فأخرجه البيهقي[٣] عن عكرمة أن صفية قالت لأخ لها يهودى: أسلم ترثنى، فرفع ذلك إلى قومه فقالوا: أتبيع دينك بالدنيا؛ فأبى أن يسلم، فأوصت له بالثلث.

أما صفية[٤]: فهى أم المؤمنين صفية بنت حيى - بضم الحاء المهملة وفتح الياء الأولى وتشديد الثانية - ابن أخطب - بفتح الهمزة وسكون الخاء المعجمة، وفتح الطاء المهملة - بن سَعْية - بفتح السين المهملة، وسكون العين، وياء وتحتها نقطتان - ابن ثعلبة بن عبيد بن كعب بن الخزرج بن أبى حبيب بن النضير، من بنى إسرائيل من سبط هارون بن عمران، عليه السلام.

وأمها: ضرة - بفتح الضاد المعجمة - بنت سموال - بفتح السين المهملة وبكسرها وسكون الميم وفتح الواو وباللام، كانت تحت كنانة بن أبى الحقيق، فقتل عنها يوم خيبر فى المحرم سنة سبع، ووقعت فى السبى فاصطفاها رسول الله ﷺ، وقيل وقعت فى سهم دحية بن خليفة الكلبى، فاشتراها منه بسبعة أرؤس، وأسلمت فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها. وماتت سنة خمسين، وقيل: سنة اثنتين وخمسين، وقيل غير ذلك ودفنت بالبقيع.

---

(١) (٤/ ٢١٥).

(٢) (٢/ ١٤٠).

(٣) (٦/ ٢٨١).

(٤) ينظر: المعارف (١٣٨)، وطبقات ابن سعد (٨/ ٨٥)، وأنساب الأشراف (١/ ٤٤٢)، وسيرة ابن هشام (٢/ ٣٣٦)، والتبيين (٦٣) وسيرة ابن حبان (٤٠٦).

الأحكام: لا تجوز الوصية إلا فى معروف من قضاء دين، ووفاء حج - أى: سواء كان الموصَى إليه قريبًا أو أجنبيًا - والنظر فى أمر الصغار، وتفرقة الثلث، وما أشبه ذلك: كبناء المساجد، وكذا افتكاك أسارى[1] المسلمين؛ كما صرح به القاضى أبو الطيب. وكذا رد الودائع والعوارى والغصوب.

ووجه الجواز فى أمر الأطفال: ما ذكرناه من إسناد بعض الصحابة وصيتهم إلى الزبير، مع اشتهار ذلك وعدم الإنكار، وأما فيما عداها: فلأن فى ذلك إعانة على واجب أو مندوب؛ فاندرج فى قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

ثم الوصية فى أمر الأطفال معتبرة إذا لم يكن ثَمَّ جد لأب صالح للولاية، أما إذا كان فالصحيح: أنه الولى ولا تنفذ وصية الأب، وفيه وجه أن الوصية تنفذ، ويقدم الوصى على الجد، وقد قدمنا ذكر ذلك. ولا خلاف فى جواز الوصية مع وجود الجد فى قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، وكذا إذا لم يكن فى الورثة صغير جاز له الوصاية فى ذلك، نعم لا يقدر الوصى على بيع العقار لوفاء الدين إلا إذا امتنع الورثة من توفيته.

قال الرافعى: هذا إذا أطلق الوصاية لقضاء الدين، فإن قال: ادفع هذا القدر إليه عوضًا عن دينه، فينبغى ألا يكون للورثة إمساكه؛ لأن فى أعيان الأموال أغراضًا.

وكذلك قيل: لو أوصى بأن يباع عين ماله من فلان نفذت. وهذا ما أورده فى البحر وجهًا وصححه[2].

ولو قال: بعه، واقض دينى من ثمنه - قال الرافعى: فيجوز ألا يكون لهم الإمساك؛ لأنه قد يكون أبعد عن الشبهات، وهذا ما حكاه البندنيجى.

وحكى فى البحر ذلك وجهًا.

وعن القاضى الطبرى: أنه لا يقضى منه بلا خلاف، ثم حكى عن أبى عبد الله الحناطى تفريعًا على المذهب فى اعتقاده: أنه لو باع ما عينه الموصى لوفاء الدين قبل إذن الورثة وقبل ظهور التمرد منهم عن وفاء الدين - ففى البيع وجهان:

(١) ينظر: المصباح المنير (١/ ٩١).
(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٧٧).

أحدهما: أنه باطل.

والثانى: أنه موقوف: فإن أوفوا الدين، فلهم أن ينقضوا ذلك، وإلا انبرم.

ثم قال: وكذلك إذا أوصى لرجل بقضاء دينه ولم يعينه فى مال، فقبل إعلام القاضى الورثة باع متاع البيت؛ ليصرفه فى ديونه - فيه وجهان: والأظهر أن البيع باطل.

ولو لم ينصب وصيًّا، قال فى التهذيب: فأبوه أولى بقضاء الدين وأمر الأطفال، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا.

وفى كلام القاضى الحسين أمر يخالف ذلك؛ فإنه قال: لو أوصى بثلث ماله للفقراء وله فى ذمة رجل مال، فدفع الغريم المال إلى الوارث، فإن سلم الوارث الثلث إلى الفقراء فذاك، وإن لم يسلم الثلث إليهم، فإن الغريم لا يبرأ عن ثلث الفقراء، بخلاف ما نقول إذا كان للميت على رجل دين، ولرجل على الميت دين، فجاء الوارث فأخذ المال من الغريم وأتلفه - برئت ذمة الغريم، ويجب الحق على الوارث[1].

والفرق: أن حق الفقراء متعين فى ماله ليس له أن يستبد بذلك المال، ويدفع بقدره إلى الفقراء، بخلاف الدين.

وأيضًا: فإن الوارث له قضاء الدين وإن لم يكن وصيًّا من جهة المورروث، وليس له صرف المال إلى الفقراء؛ إذا لم يكن وصيًّا، بل الحاكم يصرف المال إليهم.

فعلى هذا صرف المال إليهم يكون تبرعًا من جهته، وحق الفقراء باقٍ فى مال المورروث.

وحكى عقيب ذلك فيما إذا مات وعليه دين وله على رجل دين، فجاء من عليه الدين بمال ودفعه إلى الوارث - فإن الغريم له مطالبة الوارث بالمال. والقابض له هو الحاكم، فإذا غرم رجع بما غرمه على الوارث.

ثم قال: وهذا إنما يصح على قولنا: إن الرجل إذا مات وعليه دين وله على رجل دين، فجاء الوارث، وأقام شاهدًا على ذلك الحق، ولم يحلف الوارث - أن الغريم

---

(١) ينظر: شرح التلويح على التوضيح (٢/ ١٦١).

يدعى ويحلف على قول.

وذكر - أيضًا - فى الموضع المذكور: أنه إذا كان على الميت دين، وله وديعة عند رجل ومات: أنه ليس للمودع أن يدفع المال إلى الوارث ولو أنه دفع المال إلى الوارث فأتلفه، وجب على المودع الضمان، والغريم يطالبه بالمال، وهو يرجع بالغرم على الوارث. انتهى.

وهذا يدل على أن الوارث لا يسوغ له قبض مال اليتيم عند وجود الدين؛ إذا لم يكن له وصية بذلك. أما إذا كانت له وصية بذلك قال القاضى الحسين: إن الدفع للموصى مبرئ، وكذلك القاضى.

إذا ثبت هذا: فإن أوصى بمعصية: كبناء كنيسة، أو كتب توراة، أو بما لا قربة فيه كالبيع من غير محاباة - لم يصح[(١)]؛ لأن الشرع إنما شرع الوصية اجتلابًا للحسنات، ولاستدراك ما فرط وفات؛ قال - عليه السلام -: «إِنَّ اللهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فى آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً فى أَعْمَالِكُمْ»[(٢)].

وقال ﷺ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَىءٌ يُوصَى فيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ»[(٣)].

وقد انتفى المعنيان فيما ذكره، وفى الأولى والثانية ارتكاب معصية - كما صرح به الأصحاب فى كتاب الجزية - فهو ضد المطلوب.

ولا فرق فى ذلك بين المسلم وغيره، ولا بين أن ينفذ قاضى الكفار وقف الكنيسة؛ إذا كان الواقف ذميًا، أم لا على الصحيح.

وحكى الإمام عن صاحب التقريب[(٤)] احتمالا فى عدم نقضه؛ إقامة لحكمه مقام التقابض[(٥)] فيما لو اشترى واحد منهم خمرًا وقبضه.

وألحق الماوردى بالمنع فيما ذكرناه فى كتاب «الجزية» الوصية بكتاب شريعة أحكام اليهود والنصارى وحقيقة دينهم، وكتب النجوم والفلسفة.

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٤٠).
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) ينظر: كشف الظنون (١/ ٤٦٥).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٤).

وألحق القاضى الحسين بذلك كتابة الغزل؛ لأنه محرم.

وقيل: إن أوصى بالبيع من معين صح لأنه قصد تخصيصه بتلك العين، وهذا ما جزم به الغزالى وحكى المصنف الوجهين هاهنا وكذلك المتولى، لكنه بناهما على خلاف سنذكره فيما إذا أوصى لكل وارث بعين قدر حصته من الإرث، هل يحتاج إلى الإجازة أم لا؟

إن قلنا بالاحتياج صحت الوصية هنا، وإلا فلا، ومقتضاه: أن يكون الظاهر الصحة؛ كما صرح به فى البحر.

ثم ظاهر الكلام فى الكنيسة إذا بنيت لقصد التعبد، أما إذا أوصى ببنيانها؛ لنزول المارة من أهل الذمة فيها، صحت الوصية، كما نص عليه الشافعى - رضى الله عنه - فى كتاب الجزية، ونقله الأصحاب.

ثم حكى الماوردى وجهًا آخر: أنه لا تجوز الوصية إذا خصص بالنزول أهل الذمة وإن جازت الوصية لهم؛ لأن فى ذلك جمعًا لهم؛ فيؤدى إلى التعبد.

وقال: إن محل الجزم بالصحة: إذا أوصى ببنائها؛ لينزلها أهل الذمة والمسلمون.

وإن أوصى ببنائها؛ لنزول المارة والتعبد، فوجهان:

أحدهما: تبطل فيما أسند للتعبد، وتنفذ فيما أسند للمارة، فيبنى بنصف الموضع الموصى به موضع للنزول خاصة.

والثانى: يبنى بجميع الموصى به موضع للنزول خاصة.

ومن هذا: ما إذا أوصى بمال يسرج فى البيع والكنائس، إن قصد به تعظيمًا لم يجز، وإن قصد به الضوء على من يأوى إليها خاصة - قال الشيخ أبو حامد، وهو ما حكاه البندنيجى، وصاحب العدة، والنووى فى كتاب الجزية -: صحت الوصية؛ لأن قصده منفعة الذين يأوون إليها، فتصح كالوصية له ابتداء.

قلت: وقد ذكر فى الوقف: أنه لو وقف على كنيسة على هذا النحو لم يصح وإن كان الوقف يجوز على أهل الذمة؛ لأن فى الصرف على هذا الوجه تعظيمًا لهم، ولا يبعد أن يجىء مثله هاهنا، ويعضده الوجه الذى حكاه الماوردى.

فرع: إذا أوصى لذمى بمصحف، فقد نص الشافعى - رضى الله عنه - على أن

الوصية باطلة.

وقد قال القاضى أبو الطيب: قال أصحابنا: ينبغى أن يكون فيه قول آخر: أن الوصية صحيحة، ويؤمر بإزالة الملك عنه، ويعضده أنهم حكوا فيما إذا أوصى له بعبد مسلم، هل يصح، ويؤمر بإزالة الملك عنه، أو لا يصح؟ قولين[1].

فرع: وإن وصى للحربى بغير السلاح، فهل تصح وصيته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تصح. وهو قول أبى حنيفة؛ لأنا مأمورون بقتله؛ فلا معنى للوصية له.

والثانى: تصح. وهو المذهب؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١] ولم يفرق، ولأن من صح تملكه بالبيع صحت الوصية له، كالمسلم.

وتصح الوصية للذمى؛ لأن صفية زوج النبى ﷺ وصت لأخيها بثلثها، ثلاثين ألفًا، وكان ذميًّا يهوديًّا).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) واختلف قول الشافعى - رحمه الله تعالى - فيمن وصى لقاتله، فقال «فى أحد القولين»: لا يجوز؛ لأنه مال يستحق بالموت، فمنع القتل منه؛ كالميراث.

وقال «فى الثانى»: يجوز؛ لأنه تمليك يفتقر إلى القبول، فلم يمنع القتل منه؛ كالبيع.

فإن قتلت أم الولد مولاها - عتقت؛ لأن عتقها ليس بوصيةٍ بدليل أنه لا يعتبر من الثلث؛ فلم يمنع القتل منه.

فإن قتل المدبر مولاه؛ فإن قلنا: إن التدبير عتق بالصفة - عتق؛ لأنه ليس بوصيةٍ، وإنما هو عتق بصفةٍ وقد وجدت الصفة؛ فعتق.

وإن قلنا: إنه وصية، وقلنا: إن الوصية للقاتل لا تجوز - لم يعتق، وإن قلنا: إنها تجوز عتق من الثلث.

فإن كان على رجلٍ دين مؤجل، فقتله صاحب الدين - حل الدين؛ لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له فى بقائه، بل الحظ فى إسقاطه؛ ليحل الدين، ويقضى

(١) ينظر: كفاية النبيه خ.

فيتخلص منه.

(الشرح) **الأحكام**: إن وصى لقاتل[(١)] - أى: وهو حر - بطلت الوصية فى أحد القولين؛ لعموم قوله ﷺ: «لَيْسَ لِقَاتِلٍ وَصِيَّةٌ»[(٢)]؛ كما خرجه الدارقطنى من رواية على.

ولأنه مال يملك بالموت؛ فاقتضى أن يمنع منه كالميراث، على أن الميراث أقوى التمليكات، فلما منع منه القتل، كان أولى أن يمنع من الوصية.

وصحت فى الآخر، وهو الأصح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١] ولم يفرق بين القاتل وغيره.

وقوله ﷺ: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» فإنه يدل على أن الوصية للأجنبى صحيحة، سواء كان قاتلا أو غيره.

ولأنه تمليك يفتقر إلى القبول، فلم يمنع منه القتل؛ كالبيع والإجارة[(٣)].

وما ذكر من الخبر، فقد قال أهل الحديث - ومنهم عبد الحق -: إنه ضعيف؛ فيه مبشر بن عبيد وغيره.

ثم إن صح، حملناه - كما قال القاضى أبو الطيب - على الميراث؛ لأن اسم الوصية يقع عليه؛ قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١] وأراد به: الميراث.

والجواب عن القياس على الميراث؛ لعلة استحقاقه بالموت: وهو منتقد بعتق أم الولد إذا قتلت سيدها، وحلول الدين إذا قتل رب الدين المدين.

وأما الجواب عن قولهم بأن الميراث أقوى من الوصية: فممنوع؛ لأن الوصية ثبتت فيما لا يثبت فيه الميراث؛ لأنها تصح من المسلم للذمى، ولا يرث الذمى من

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٦/ ٣١).

(٢) أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٣٦ - ٢٣٧)، والبيهقى (٦/ ٢٨١) من حديث على بن أبى طالب.
وقال الحافظ فى التلخيص (٣/ ١٩٧):
وإسناده ضعيف جدًا قاله عبد الحق وابن الجوزى، وأما قول إمام الحرمين: ليس هذا الحديث فى الرتبة العالية من الصحة - فعجيب؛ فإنه ليس له فى أصل الصحة مدخل؛ فمداره على مبشر بن عبيد وقد اتهموه بوضع الحديث.
وقلت: فى إسناده أيضًا الحجاج بن أرطأة، وهو ضعيف ومدلس.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقى (٤/ ٤٢٦).

المسلم.

وفى رفع التمويه: أن الأستاذ أبا منصور البغدادى قال فى الناسخ والمنسوخ: إنه ينظر: إن كان قتله بحق من قصاص أو غيره صحت الوصية له، وإن كان قتله ظلمًا فهو محل القولين.

وهذه الطريقة حكاها الرافعى عن صاحب التلخيص وعن القفال: أنه إذا رد الوصية على الإرث، فقال: إن ورثنا القاتل بحق، جوزنا الوصية له، وإلا ففيها الخلاف.

أما إذا أوصى للقاتل وهو رقيق، صحت وجهًا واحدًا؛ لأن المستحق لذلك غيره وهو السيد.

واعلم أن المسألة مصورة فى تعليق القاضى أبى الطيب بما إذا جرح إنسان إنسانًا، فأوصى المجروح للجارح، ثم مات المجروح. وبما إذا أوصى لإنسان، فجرح الموصَى له الموصِى، ومات من جراحته.

والأحسن ما فى تعليق البندنيجى، وهو تصويرها بالصورة الأولى، وفى الحكم بالصورة الثانية: أنها هل تبطل بعد صحتها أم لا؟ على قولين.

وحكى الإمام طريقين آخرين:

أحدهما: أن الوصية فى الأولى صحيحة قولا واحدًا، ومحل الخلاف الصورة الثانية.

والثانى: أن الوصية فى الثانية تبطل قولا واحدًا، ومحل الخلاف فى الأولى.

ثم إذا قلنا بالبطلان، فهل تنفذ بإجازة الورثة؟ فيه وجهان، على قولنا: إن إجازة الورثة تنفيذ، أما إذا قلنا: ابتداء عطية، صحت جزمًا.

وبنى الماوردى الوجهين على أن الوصية للوارث تنفذ بالإجازة أم لا؟ فإن نفذناها نفذنا الوصية للقاتل بالإجازة وإلا فلا.

ثم قال: والأصح هنا عدم التنفيذ، وإن كان الأصح ثَمَّ التنفيذ.

ولا خلاف فى أنه إذا أوصى لمن يقتله: أن الوصية باطلة؛ لأنها معصية، وفيها إغراء بقتله[١].

---

(١) ينظر: نهاية المحتاج (٦/ ٤٩).

فرع: إذا قتلت المدبرة سيدها: إن قلنا: إن التدبير عتق بصفة، فهو باق بحاله، وإن قلنا: وصية، كان فى البطلان القولان.

ومنهم من أجرى القولين وإن قلنا: إنه عتق بصفة؛ لكونه يخرج من الثلث، وعلى هذا جرى فى التهذيب.

ويعضد هذه الطريقة: أن الماوردى قال فيما لو وهب فى مرضه لقاتله أو حاباه فى بيع أو أبرأه من حق: إن ذلك مخرج على القولين؛ لأن ذلك يخرج من الثلث، ولأنهما جاريان فيما لو أعتق فى مرضه عبدًا، فقتله العبد؛ حتى يكون فى نفوذ عتقه قولان.

فرع: إذا أوصى لمن جرحه، ثم قتل المجروح أجنبى، استحق الموصى له الوصية قولا واحدًا؛ لأنه لم يمت بجرحه[1].

فرع: وإن قتلت أم ولد مولاها، عتقت بموته؛ لأن عتقها ليس بوصية.

وإن كان لرجل على آخر دين مؤجل، فقتل من له الدين من عليه الدين قبل حلوله - حل الدين؛ لأن حلوله حظ لمن عليه الدين؛ لإبراء ذمته.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) واختلف قوله فى الوصية للوارث: فقال فى أحد القولين: لا تصح؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «لا وصية لوارثٍ» ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث، فلم تصح؛ كما لو أوصى بمالٍ لهم من غير الميراث.

فعلى هذا: الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر فى الهبة.

والثانى: تصح؛ لما روى ابن عباسٍ - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «لا تجوز لوارثٍ وصية إلا إن شاء الورثة» فدل على أنهم إذا شاءوا؛ كانت وصيةً. وليست الوصية فى ملكه، وإنما يتعلق بها حق الورثة فى الثانى؛ فلم يمنع صحتها؛ كبيع ما فيه شفعة.

فعلى هذا إذا أجاز الورثة - نفذت الوصية.

(الشرح) حديث جابر أخرجه الدارقطني[2] من طريق فضل بن سهل: ثنى

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

(٢) (٤/٩٧) كتاب: الفرائض حديث (٩٠) .

إسحاق بن إبراهيم الهروى ثنا سفيان عن عمرو عن جابر، به. وقال الدارقطنى: الصواب مرسل.

قال أبو الطيب آبادى فى التعليق المغني[١]: إسحاق بن إبراهيم الهروى ثم البغدادى أبو موسى وثقه ابن معين وغيره. وقال عبد الله بن على بن المدينى: سمعت أبى يقول: أبو موسى الهروى روى عن سفيان عن عمرو عن جابر: «لا وصية...» الحديث. كأنه سفيان عن عمرو مرسلا. كذا فى الميزان. اهـ.

وللحديث شواهد عن أبى أمامة وعمرو بن خارجة وأنس وابن عباس وعلى وعبد الله بن عمرو ومعقل بن يسار وزيد بن أرقم والبراء بن عازب ومجاهد مرسلا:

أما حديث أبى أمامة:

أخرجه أبو داود[٢]، والترمذى[٣]، وابن ماجه[٤]، وأحمد[٥]، والطيالسى[٦]، وسعيد بن منصور[٧]، والدولابى فى الكنى[٨]، وأبو نعيم فى «تاريخ أصبهان»[٩]، والبيهقى[١٠]، كلهم من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبى أمامة الباهلى، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول فى خطبته عام حجة الوداع: «إن الله - تبارك وتعالى - قد أعطى كل ذى حق حقه؛ فلا وصية لوارث».

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وأخرجه ابن الجارود فى المنتقى[١١] من طريق الوليد بن مسلم قال: ثنا ابن جابر، ثنا سليم بن عامر، سمعت أبا أمامة... فذكر الحديث.

وأما حديث عمرو بن خارجة:

---

(١) (٤/٩٧).
(٢) (٣/٢٩٠) كتاب: الوصايا، باب: الوصية للوارث، حديث (٢٨٧٠).
(٣) (٤/٤٣٣) كتاب: الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢١٢٠).
(٤) (٢/٩٠٥) كتاب: الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢٧١٣).
(٥) (٥/٢٦٧).
(٦) (٢/١١٧ - منحة) رقم (٢٤٠٧).
(٧) (٤٢٧).
(٨) (١/٦٤).
(٩) (١/٢٢٧).
(١٠) (٦/٢٦٤) كتاب: الوصايا، باب: نسخ الوصية للوالدين.
(١١) رقم (٩٤٩).

فأخرجه الترمذى[١]، والنسائى[٢]، وابن ماجه[٣]، وأحمد[٤]، والدارمى[٥]، والطيالسى[٦]، وأبو يعلى[٧]، والبيهقى[٨]، كلهم من طريق شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة؛ أن النبى ﷺ خطب على ناقته وأنا تحت جرانها، وإن لعابها يسيل بين كتفى، فسمعته يقول: «إن الله - عز وجل - أعطى كل ذى حق حقه؛ فلا وصية لوارث».

قال الترمذى: حسن صحيح.

وللحديث طريق آخر:

أخرجه الدارقطنى[٩]، والبيهقى[١٠]، من طريق زياد بن عبد الله عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن عمرو بن خارجة، مرفوعًا بلفظ: «لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة». وضعف البيهقى سنده.

وأخرجه الطبرانى فى الكبير[١١] من طريق عبد الملك بن قدامة الجمحى عن أبيه عن خارجة بن عمرو، أن رسول الله ﷺ قال يوم الفتح وأنا عند ناقته: «ليس لوارث وصية، قد أعطى الله - عز وجل - كل ذى حق حقه، وللعاهر الحجَرُ».

وقال الهيثمى: رواه الطبرانى وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحى: وثقه ابن معين وضعفه الناس. ا هـ.

قلت: ووثقه - أيضا - يعقوب بن سفيان، فقال فى المعرفة والتاريخ[١٢]: مدنى ثقة.

---

(١) (٤/ ٤٣٤) كتاب: الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢١٢١) .

(٢) (٦/ ٢٤٧) كتاب: الوصايا، باب: إبطال الوصية للوارث .

(٣) (٢/ ٩٠٥) كتاب: الوصايا، باب: لا وصية لوارث .

(٤) (٤/ ١٨٦، ١٨٧) .

(٥) (٢/ ٤١٩) كتاب: الوصايا، باب: الوصية للوارث .

(٦) (١٣١٧) .

(٧) (٣/ ٧٨) رقم (١٥٠٨) .

(٨) (٦/ ٢٦٤) كتاب: الوصايا، باب: نسخ الوصية للوالدين .

(٩) (٤/ ١٥٢) كتاب: الوصايا، حديث (١٠) .

(١٠) (٦/ ٢٦٤) كتاب: الوصايا، باب: نسخ الوصية للوالدين والأقربين .

(١١) (٤/ ٢٠٢) رقم (٤١٤٠) .

(١٢) (١/ ٤٣٥) .

لكن عبد الملك هذا ضعفه الجمهور:

قال البخارى فى الضعفاء[١]: يعرف وينكر.

وقال أبو زرعة الرازى[٢]: منكر الحديث.

وقال أبو حاتم[٣]: ضعيف الحديث.

وقال النسائى[٤]: مدنى ليس بالقوى.

وقال الدارقطنى[٥]: مدنى يترك.

حديث أنس:

فأخرجه ابن ماجه[٦]، والدارقطنى[٧]، والبيهقى[٨]، من طريق عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيد بن أبى سعيد عن أنس، به.

قال البوصيرى فى الزوائد[٩]: هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات.

حديث ابن عباس:

فأخرجه الدارقطنى[١٠]، والبيهقى[١١]، من طريق ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس.

قال البيهقى: عطاء هو الخراسانى، لم يدرك ابن عباس ولم يره. قاله أبو داود وغيره.

وأخرجه البيهقى[١٢] من طريق يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس.

---

(١) (٢٢٠).

(٢) «سؤالات البرذعى» ص (٣٥٦).

(٣) «علل الحديث» (٢٤٣٥).

(٤) الضعفاء والمتروكين (٤٠٣).

(٥) «سؤالات البرقانى» (٣٠١).

(٦) (٢/٩٠٦) كتاب: الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢٧١٤).

(٧) (٤/٧٠) كتاب: الفرائض، حديث (٨).

(٨) (٦/٢٦٤ - ٢٦٥) كتاب: الوصايا، باب: نسخ الوصية للوالدين والأقربين.

(٩) (٢/٣٦٨).

(١٠) (٤/٩٧) كتاب: الفرائض، حديث (٨٩).

(١١) (٦/٢٦٣) كتاب: الوصايا، باب: نسخ الوصية للوالدين والأقربين.

(١٢) (٦/٢٦٣ - ٢٦٤).

قال الحافظ فى التلخيص[1]: حديث حسن.

وأما حديث على:

فأخرجه الدارقطنى[2] من طريق يحيى بن أبى أنيسة عن أبى إسحاق الهمدانى عن عاصم بن ضمرة عن على قال: قال رسول الله ﷺ: «الدين قبل الوصية، ولا وصية لوارث».

ومن طريق يحيى أخرجه ابن عدى فى الكامل[3].

ويحيى بن أبى أنيسة:

قال أحمد: متروك الحديث.

وقال ابن المدينى: لا يكتب حديثه.

وقال ابن معين: ليس بشىء.

وقال البخارى: لا يتابع فى حديثه، وليس بذاك.

وقال النسائى: متروك الحديث.

أسند ذلك ابن عدى فى الكامل عنهم.

وأما حديث عبد الله بن عمرو:

فأخرجه الدارقطنى[4]، وابن عدى فى الكامل[5] من طريقين عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال فى خطبته يوم النحر: «لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة».

وأما حديث معقل بن يسار:

فأخرجه ابن عدى فى الكامل[6] من طريق على بن الحسن بن يعمر: ثنا المبارك ابن فضالة عن الحسن قال: قال معقل بن يسار: كنا بـ «منى»، وكان رسول الله ﷺ يخطب ولعاب ناقته بين كتفى، ففهمت من كلامه قال: «لا وصية لوارث».

---

(١) (٣/ ٩٢).
(٢) (٤/ ٩٧) كتاب: الفرائض، حديث (٩١).
(٣) (٧/ ١٩٠).
(٤) (٤/ ٩٨) كتاب: الفرائض، حديث (٩٣).
(٥) (٢/ ٧١٨).
(٦) (٥/ ٢١١).

قال ابن عدى: هذا الحديث باطل بهذا الإسناد.

وأما حديث زيد بن أرقم والبراء:

فأخرجه ابن عدى فى الكامل[١] من طريق موسى بن عثمان الحضرمى عن أبى إسحاق عن البراء وزيد بن أرقم، قالا: كنا مع النبى ﷺ يوم غدير خم، ونحن نرفع غصن الشجرة عن رأسه، فقال: «إن الصدقة لا تحل لى ولا لأهلى، لعن الله من ادعى إلى غير أبيه، ولعن الله من تولى غير مواليه، الولد للفراش، وللعاهر الحجر، ليس لوارث وصية».

قال ابن عدى: موسى بن عثمان، حديثه ليس بمحفوظ.

وقال أبو حاتم: متروك.

ينظر: اللسان[٢]، والميزان[٣].

ينظر الحديث السابق.

الأحكام: أشرنا من قبل إلى حكم الوصية للوارث ونزيد هاهنا المسألة بيانًا فنقول: إن أوصى لوارث عند الموت، لم تصح الوصية[٤] فى أحد القولين؛ لما روى أبو داود عن أبى أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّ اللهَ أَعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّهُ؛ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ». وهذا فى إسناده إسماعيل بن عياش، وقد اختلف فى الاحتجاج بحديثه، لكن قد خرجه النسائى، وابن ماجه من حديث عمرو بن خارجة عن رسول الله ﷺ.

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وتصح فى الآخر، وتوقف على الإجازة، وهو الأصح.

قال الماوردى: وهو المنصوص عليه فى عامة كتبه؛ لما روى الدارقطنى عن ابن عباس - رضى الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الوَرَثَةُ».

وفى «رفع التمويه»: أَنَّ من أصحابنا من قال: القولان فى الوصية له إذا

---

(١) (٦/ ٣٥٠).

(٢) ينظر: اللسان (٦/ ١٢٥).

(٣) ينظر: الميزان (٤/ ٢١٤).

(٤) ينظر: المحلى (٩/ ٣١٧).

جاوزت الثلث، أما إذا لم تجاوزه، فتصح قولا واحدًا، كما فى الأجنبى، وهو ضعيف.

ثم على الأصح[1] - وهو المنصوص - إذا أجاز الورثة، فهل هى تنفيذ لما فعله الوارث أو ابتداء عطية؟ فيه قولان فى الحاوى، وفيه أنه لا يشترط على هذين القولين الإتيان بقبول وإيجاب، بخلاف ما إذا فرعنا على القول الأول. نص عليهما فى الأم وذكرناهما فيما إذا أوصى بأكثر من الثلث وأجاز الورثة.

وحكم البيع من الوارث بالمحاباة، وفى مرض الموت بالمحاباة، وكذا الهبة - حكم الوصية.

وكذا ضمان الدين عنه لأجنبى، كما حكاه الإمام، وهل يكون الضمان عن الأجنبى للوارث كذلك؛ فيه وجهان: ذكرهما صاحب التقريب.

ثم لا فرق فى جريان القولين بين أن يوصى إليه وهو غير وارث، ثم صار وارثًا، كما إذا أوصى لأجنبية ثم تزوجها، أو لأخ وله ابن فمات الابن، أو يوصى إليه وهو وارث، ثم يستمر على الصفة إلى موت الموصى، كما صرح به البندنيجى.

نعم، لو أوصى إليه وهو وارث، ثم صار عند الموت غير وارث - فالوصية نافذة.

ولا يتخرج على الخلاف المذكور فى الإقرار للوارث فى أن الاعتبار بالوارث بيوم الإقرار أو بيوم الموت؛ لأن استقرار الوصية بالموت والإثبات لها قبله، بخلاف الإقرار.

فرع: إذا أوصى لكل واحد من الورثة بقدر حصته من التركة، لغت الوصية.

قال الرافعى: ويجىء فيه وجه آخر؛ لأن صاحب التتمة حكى وجهين فيما إذا لم يكن إلا وارث واحد، فأوصى له بماله:

المذهب منهما أنه تلغو الوصية، ويأخذ التركة بالإرث.

والثانى: أنه يأخذها بالوصية إذا لم ينقصها.

وفائدة الخلاف: تظهر فيما إذا ظهر دين، إن قلنا: يأخذ التركة إرثًا فله إمساكها، وقضاء الدين من موضع آخر. وإن قلنا: إنه يأخذها بالوصية، قضاه منها، ولصاحب

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٥٤٣)، روضة الطالبين (٦/ ١٠٩).

الدين الامتناع لو قضاه من غيرها[١].

ومعلوم أنه لا فرق بين أن يتحد الوارث أو يتعدد.

ولو أوصى لكل منهم بعين هى قدر حصته من ثوب وعبد وغيرهما، فهل تحتاج هذه الوصية إلى الإجازة أو لا ويختص كل منهم بما عينه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول؛ لأن الأغراض تتفاوت بأعيان الأموال والمنافع الحاصلة منها.

ووجه الثانى: أن حق الورثة يتعلق بقيمة التركة لا بعينها؛ ألا ترى أنه لو باع المريض أعيان التركة بأثمان أمثالها، صح، وحقوقهم فى القيمة موفاة، مع أنه لو باع فى مرض موته من وارثه عينًا بثمن مثلها لم يعترض عليه؟!

مسألة: إذا وقف دارًا فى مرض موته على ابنه الحائز لتركته: فإن أبطلنا الوصية لوارث، فالوقف على الابن باطل، وإن اعتبرناها موقوفة على الإجازة فعن ابن الحداد - وهو المشهور - أنه ينظر: فإن احتملها الثلث، لم يكن للوارث إبطال الوقف فى شىء منها؛ لأن تصرف الوارث فى ثلث المال نافذ، فإذا تمكن من قطع حق الوارث فى الثلث، فلأن يتمكن من وقعه عليه وتعلق حق الفقراء به كان أولى.

وإن زاد على الثلث، صح فى الثلث، وما زاد عليه: إن رده، بطل الوقف فيه، وإن أجازه، بنىَ على أن الإجازة تنفيذ أو ابتداء عطية؟ فعلى الأول: يصح، وعلى الثانى: يتخرج على الوقف على نفسه. وعن القفال: أن للوارث رد كل الوقف؛ لأن الثلث فى حق الوارث كالزائد على الثلث فى حق الأجنبى؛ ألا ترى أنه لو أوصى لأحد وارثيه بأقل من الثلث، كان للآخر الرد؟! فإن أجاز كان الحكم كما ذكرنا فى الزائد على الثلث.

وأجاب الشيخ أبو على عما وجه به القفال: بأنا إنما جوزنا لأحد الوارثين الرد؛ لأن الموروث فضله عليه، ونقص حقه عن عطية الله تعالى، وهنا لا تفضيل.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يقبل الابن الوقف فى حياة والده أو لا؛ لأن الرد والإجازة إنما يعتبران فى الوصية بعد الموت.

وفى النهاية تصوير المسألة: بما إذا كان الولد صغيرًا وقبل له الوالد.

ثم لا يخفى أنا إذا أبطلنا الوقف على الوارث: إما ابتداء، أو بالرد، وكان

---

(١) ينظر: الروضة (٦/ ١١١، ١١٢).

الموقف يخرج من الثلث - أنه يتخرج إبطاله على من بعده على الوقف المنقطع الأول. وكذا إذا زاد على الثلث وقد أشار إلى ذلك الشيخ أبو على.

ولو كان الوقف على ابن وبنت، على أن للابن الثلثين، وللبنت الثلث، ولا وارث له سواهما، وخرجت الدار من الثلث فلا رد لهما على مذهب ابن الحداد.

وإن زادت على الثلث فلهما رد الزائد، وفى الإجازة ما تقدم.

وإن وقفها عليهما نصفين، والثلث يحتملها، فإن رضى الابن كانت عليهما وقفًا نصفين، وإن رد، قال الرافعى فظاهر جواب ابن الحداد: أن له رد الوقف فى ربع الدار؛ لأنه لما رد من عليه النصف، كان من حقه أن يقف على البنت الربع، فما زاد كان للابن رده.

ثم يكون الربع المردود مطلقًا بينهما على الفريضة، أى: إذا فرعنا على بطلان الوقف المنقطع الابتداء.

وقال الشيخ أبو على: إن له رد الوقف فى ثلثى الربع وهو السدس من الدار؛ لأنه معلق فى حقه، وأما فى حصتها منه - وهو نصف السدس - فلا، بل الخيرة فى الرد والإجازة إليها كما تقدم. وهذا ما استحسنه الإمام، وقال الرافعى: إن كلام ابن الحداد فى الوارث فى هذا الباب يمكن تنزيله على ذلك؛ فيرتفع الخلاف لكنه يحتاج إلى تعسف[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا تصح الوصية لمن لا يملك، فإن وصى لميتٍ - لم تصح الوصية؛ لأنه تمليك؛ فلم يصح للميت؛ كالهبة.

وإن وصى لحملٍ تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهرٍ من حين الوصية أو لستة أشهرٍ وليست بفراشٍ - صحت الوصية؛ لأنه يملك بالإرث، فملك بالوصية.

وإن وضعته لستة أشهرٍ، وهى فراش - لم تصح الوصية؛ لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية، فلم تصح الوصية بالشك.

فإن ألقته ميتًا - لم تصح الوصية؛ لأنه لا يتيقن حياته حال الوصية.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

ولهذا لا يحكم له بالإرث، فلم يحكم له بالملك بالوصية.

فإن وصى لما تحمل هذه المرأة - لم تصح الوصية؛ وقال أبو إسحاق: تصح والمذهب الأول؛ لأنه تمليك لمن لا يملك، فلم يصح.

(الشرح) **الأحكام:** ولا تصح الوصية لمن لا يملك، فإن وصى لميتٍ، لم تصح الوصية، سواء ظنه حيًا، أو علِمَهُ ميتًا. وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: إن ظنه حيًّا فبان أنه ميتٌ، بطلت الوصية، وإن علمه ميتًا صحت الوصية، وتكون لوارثه.

دليلنا: أنه تمليك؛ فلم تصح للميت كالهبةِ، ولأنها وصيةٌ لميتٍ؛ فلم تصح؛ كما لو ظنه حيًّا.

فرع: وإن أوصى لحمل هذه المرأة، دفع إلى من يعلم أنه كان موجودًا عند الوصية[1]، أى: بعد انفصاله حيًا؛ إذ به يتحقق الاستحقاق، وقيل فى جواز الوصية للحمل: إنه لو ملك بالإرث الذى هو أضيق مَلَك بالوصية التى هى أوسع.

ثم العلم بوجوده حالة الوصية يحصل بأن تضعه لما دون ستة أشهر من حين الوصية، وكذا إذا وضعته لأكثر منها إلى أربع سنين ولا هى تحت زوج ولا مولى بعد الوصية.

وقيل: لا يستحق فى هذه الحالة، وقد حكاه القاضى الحسين فى موضع قولا، وفى موضع آخر عن قول الربيع، وحكى الأول عن النص، والذى صححه فى التهذيب الثانى.

وقال غيره: إنه ليس بشىء.

ولا نزاع فى أنها إذا وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الوصية، أو لما دونها وفوق ستة أشهر، وكانت تحت زوج أو سيد يمكن أن يطأها - أنه لا يستحق.

ثم إذا صحت الوصية: فإن خرج الحمل واحدًا: صرف إليه، وإن كان أكثر: صرف الموصى به إليهما - أو إليهم؛ بحسب الخارج من الحمل - بالسوية إلا أن يفضل الذكر على الأنثى أو بالعكس؛ فيتبع.

وكذا لو قال: إن كان حمل هذه المرأة ذكرًا، فله دينار، أو كان أنثى فله، ديناران

---

(١) ينظر: الروضة (٦/ ٩٩)، المغنى لابن قدامة (٦/ ٤٧٤) .

- فإنه يتبع شرطه.

ولو قال: إن كان فى بطنك ذكر فله دينار، وإن كان فى بطنك أنثى فله ديناران، فخرج ذكرًا وأنثى - استحقا ما شرط لهما، كما فى مسائل الطلاق.

ولو وضعت غلامين، أو جاريتين صحت الوصية، وفيها ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج:

أحدها: أن للورثة أن يدفعوا الدينار أو الدينارين إلى أى الغلامين أو الجاريتين شاءوا.

والثانى: أن الغلامين أو الجاريتين يشتركان فيما شرط لهما.

والثالث: أن ذلك يوقف بينهما إلى أن يصطلحا.

ولو وضعت الموصى لحملها ولدًا حيًا وآخر ميتًا: ففيه وجهان، حكاهما فى الزوائد عن رواية الشيخ سهل:

أحدهما: للحى جميع الثلث.

والثانى: نصفه.

فرع: إذا أوصى لحمل هذه المرأة من زيد، فكل موضع ألحقنا الحمل بزيد، وعلمنا وجوده حالة الوصية صرفت له الوصية.

وإن لم نلحقه به فلا يصرف له.

ولو ألحقناه به وتحققنا وجوده حالة الوصية، فنفاه إما بدعوى الاستبراء أو باللعان قال أبو إسحاق المروزى: يصرف الموصى به إليه.

قال القاضى أبو الطيب: وهو المشهور، بعد أن حكى عن باقى الأصحاب: أنه لا يستحق شيئًا من الوصية.

ووجه قول أبى إسحاق بأن حكم لعانه مقصور عليه، لا يتعداه إلى غيره؛ ألا ترى أن عدة الأمة تنقضى بوضعه؟! وقد نسب الماوردى قول البطلان إلى ابن سريج[1].

فرع: وإن أوصى لما تحمل هذه المرأة، فقد قيل: يصح[2]، كما لو أوصى لمن

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .
(٢) ينظر: الروضة (٦/ ٩٨)، مغنى المحتاج (٣/ ١٤٥)، المغنى لابن قدامة (٦/ ٤٧١) .

لمن يدخل البلد من الحجيج أو من الغرباء - كذا قاله القاضى أبو الطيب - ولأنه لو أوصى بحمل سيحدث صح مع أنه تمليك ما لم يوجد؛ فكذلك يجوز تمليك من لم يوجد، وهذا ما اختاره أبو إسحاق، وأورده الأستاذ أبو منصور.

وقيل: لا يصح؛ لأنه تمليك، وتمليك من لم يوجد ممتنع. ولأنه لا متعلق للعقد فى الحال؛ فأشبه ما إذا وقف على مسجد سيبنى، وهذا أظهر عند الأكثرين من الأصحاب، وبه جزم الماوردى.

وقد حكى القاضى الحسين أن الوجهين ينبنيان على ما لو وقف داره على ولد سيحدث، أو على مسجد سيبنى، هل يصح؟

فيه قولان، وفيه وجه ثالث: وهو النظر إلى حال الموت: فإن كان الحمل موجودًا حينئذ، صحت الوصية، وإلا فلا، وهذا ما أبداه ابن الصباغ احتمالا لنفسه، وأيده بأن الوصية تصح للحمل فى حال كونه نطفة وإن كان لا يملك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن قال: وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين - لم يصح؛ لأنه تمليك لغير معينٍ - فإن قال: أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين - جاز؛ لأنه ليس بتمليكٍ، وإنما هو وصية بالتمليك.

ولهذا لو قال: بعت هذا العبد من أحد هذين الرجلين - لم يصح.

ولو قال لوكيله: بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين - جاز.

(فصل) فإن أوصى لعبده - كانت الوصية لوارثه؛ لأن العبد لا يملك؛ فكانت الوصية للوارث، وقد بيناه.

فإن وصى لمكاتبه - صحت الوصية؛ لأن المكاتب يملك المال بالعقد؛ فصحت له الوصية.

فإن وصى لأم ولده - صحت؛ لأنها حرة عند الاستحقاق فإن وصى لمدبره وعتق من الثلث - صحت له الوصية؛ لأنه حر عند الموت، فهو كأم الولد، فإن لم يعتق كانت الوصية للوارث، وقد بيناه.

فإن وصى لعبدٍ غيره - كانت الوصية لمولاه.

وهل يصح قبوله من غير إذن المولى؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو الصحيح -: أنه يصح ويملك به المولى؛ كما يملك ما يصطاده بغير إذنه.

والثانى - وهو قول أبى سعيدِ الإصطخرى -: أنه لا يصح؛ لأنه تمليك للسيد بعقدِ فلم يصح القبول فيه من غير إذنه.

وهل يصح قبول السيد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن الإيجاب للعبد؛ فلم يصح قبول السيد؛ كالإيجاب فى البيع.

والثانى: يصح؛ لأن القبول فى الوصية يصح لغير من أوجب له، وهو الوارث بخلاف البيع.

(الشرح) الأحكام: لو أوصى لأحد الرجلين، لم يصح على أظهر الوجهين؛ كما فى سائر التمليكات، ومحل الخلاف: إذا قال: أوصيت لأحد الرجلين، أما إذا قال: أعطوا هذا العبد أحد الرجلين، ففى التهذيب وغيره: أنه جائز؛ تشبيهًا بما إذا قال لوكيله: بع من أحد الرجلين[١].

فصل: وإن أوصى لعبد، فقبل[٢]: دفع إلى سيده؛ كما لو اصطاد أو احتطب أو احتش.

وهل يستقل العبد بقبولها دون إذن السيد؟ فيه وجهان: المذهب منهما فى تعليق البندنيجى: نعم.

واختيار الإصطخرى: لا.

قال فى البحر: وعليهما ينبنى الاكتفاء بقبول السيد دون العبد: فإن قلنا بالأول، لم يجز، وبه جزم البندنيجى، وإن قلنا بالثانى، جاز، ولا ترد الوصية برد العبد كما حكاه الإمام.

ثم على الصحيح: لو منع السيد العبد من القبول فقبل، قال الإمام[٣]: الظاهر عندى الصحة وحصول الملك للسيد؛ كما لو نهاه عن الخلع فخالع، وإن قلنا: لا

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .
(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٥٨) .
(٣) ينظر: روضة الطالبين (٦/ ١٠١، ١٠٤) .

يصح من غير إذنه، فلو رد السيد فهو أولى من عدم الإذن، فلو بدا له أن يأذن فى القبول بعد ذلك، فالذى يظهر أنه لا أثر لذلك؛ فإنا على قول اعتبار الإذن فى القبول نقيم قبول السيد مقام قبول العبد، فكذلك ينبغى أن يقام رده مقام رده.

ثم السيد الذى يدفع الموصى به إليه هو مالكه عند الموت أو القبول، فلو أوصى له وهو ملك زيد فباعه، ثم مات الوصى، وقبل العبد - كان الموصى به للمشترى دون البائع؛ كذا حكاه الرافعى عن القاضى أبى الطيب فى الركن الرابع من القسامة، وحكاه فى البحر، وألحق به ما لو أوصى لعبد وارثه، فباعه الوارث، ثم مات الموصى - كانت الوصية صحيحة، ويسلم الموصى به للمشترى إذا قبل العبد، بخلاف ما لو أوصى لعبد نفسه، ثم باعه من أجنبى، ثم مات الموصى - فإن الوصية لا تصح؛ لأنها لم تنعقد لعبد نفسه أصلا.

وفيما قاله نظر من وجهين:

أحدهما: أن البندنيجى قال: الوصية لعبد نفسه كوصيته لعبد وارثه فى الحقيقة؛ لأنه يكون لوارثه بعد الموت، فأى فرق بينهما؟!

والثانى: أن الرافعى حكى عنه فى الركن الرابع من القسامة: أنه لو أوصى لعبد نفسه، ثم أعتقه قبل أن يموت، تصح الوصية والبيع من الأجنبى كالعتق.

فرع: الوصية لأم الولد صحيحة، وكذا للعبد بنفسه أو بعضها، وهل يفتقر عتقه بعد الموت إلى القبول؟ المشهور: نعم، وقيل: يحتمل عدم اشتراطه.

وفى البحر فى آخر باب الكتابة: أنه لو أوصى لعبده بثلث ماله، قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح.

والثانى: يصح بثلث نفسه فقط.

والثالث: يصح بجميع ثلثه، وتقدم نفسه عليه.

وفى الرافعى وجه آخر عزاه إلى ابن الحداد وجعله الأظهر: أن رقبته تدخل فى الوصية، ويكون الحكم كما لو قال: أوصيت له بثلث رقبته وثلث سائر أموالى.

والحكم فى هذا كما لو أوصى لمن بعضه حر وبعضه رقيق لوارثه وسنذكره.

فرع: والوصية للمدبر إن خرج كله من الثلث، صحيحة، ولو خرج بعضه، قال فى الحاوى: صح من الوصية له بقدر ما عتق منه، ويبطل منها بقدر ما رق منه.

وقال في البحر: قال سائر أصحابنا: إذا رق بعضه، بطلت الوصية، وعلى ذلك جرى البندنيجي.

وقال الرافعي: إن وفى الثلث بقدر الأمرين من الوصية والرقبة؛ بأن كانت الوصية بمائة ورقبة المدبر مائة وهو يملك مائة أخرى - فوجهان:

أحدهما - وبه أجاب الشيخ أبو علي -: أنه يقدم رقبته، فيعتق كله، ولا شيء له من الوصية.

الثاني - وهو الأصح في التهذيب -: يعتق نصفه، والوصية وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث.

وإن لم يف الثلث بالمدبر، عتق منه بقدر الثلث، وصارت الوصية وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث، والحكم فيه: أنه إن كان بينهما مهايأة[1]، وقلنا: لا تدخل الوصية فيها - فهي وصية لوارث؛ لأن ما ثبت له بالوصية يكون نصفه للوارث؛ ولهذا قلنا: لا يرث؛ لأنه لو ورث شيئًا لملك السيد بعضه، وهو أجنبي عن الميت. قيل: وكان يحتمل أن تتبعض الوصية كما لو أوصى بأكثر من الثلث.

وإن جرت بينهما مهايأة، وقلنا بدخول الوصية فيها فإن قلنا: الاعتبار بيوم الوصية، فإن كان في يوم السيد فهو وصية لوارث، وإن كان في يوم العبد فهي صحيحة.

وهكذا إن قلنا: الاعتبار بيوم الموت - كما هو الظاهر من المذهب - ووجد الموت في يوم أحدهما.

ولو أوصى لمن نصفه رقيق لأجنبي ونصفه حر، فإن لم يكن بينهما مهايأة وقبل بإذن السيد - فالموصى به بينهما بالسوية، وكذا إن كان بغير إذنه، وقلنا: لا يفتقر العبد في قبولها إلى إذن السيد، وإن قلنا: يفتقر، بطل في نصف السيد، وفي نصفه وجهان: وجه المنع: أن ما يملكه ينقسم على نصفين؛ فيلزم دخول نصفه في ملك السيد بغير رضاه.

ولو كانت بينهما مهايأة، وقلنا: لا تدخل فيها الأكساب النادرة فالحكم كما تقدم، وإن قلنا: تدخل؛ فلا حاجة إلى إذن السيد في القبول. وهذا إذا أطلق الوصية

---

(١) ينظر: رد المحتار (٥/ ١٨٩)، الشرح الصغير (٣/ ٦٦٠) .

له، أما إذا قال: أوصيت لنصفك الرقيق أو الحر خاصة، فعن القفال: أن الوصية باطلة، ولا يجوز أن يوصى لبعض شخص؛ كما لا يجوز أن يرث بعض شخص.
وعن غيره: أنها تصح، ويتبع شرطه.

فرع: ولو أوصى لمكاتب نفسه أو لمكاتب وارثه، صح؛ جزم به البندنيجى.

وحكى فى البحر عن ابن أبى أحمد فى التلخيص: أنه لا تجوز الوصية لمكاتب وارثه، وأن القفال قال: إنه غلط، بل تجوز كما تجوز لمكاتب نفسه، فلو عجز المكاتب نفسه قبل موت الموصى بطلت الوصية، بخلاف مكاتب الأجنبى إذا أوصى له وعجز نفسه؛ فإنها لا تبطل.

قال فى البحر: وكانت لمولاه.

وقال فى الحاوى: إن لم يكن أخذها فهى مردودة؛ لأنه صار عبدًا[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم؛ لأنه تمليك جزءٍ من ماله، فجاز فى المشاع والمقسوم.

ويجوز بالمجهول؛ كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع وعبدٍ من عبيدٍ وبما لا يقدر على تسليمه؛ كالطير الطائر، والعبد الآبق؛ لأن الموصى له يخلف الميت فى ثلثه، كما يخلفه الوارث فى ثلثه.

فلما جاز أن يخلف الوارث الميت فى هذه الأشياء - جاز أن يخلفه الموصى له.

فإن وصى بمال الكتابة - جاز؛ لما ذكرناه، فإن وصى برقبته، فهو على القولين فى بيعه.

(فصل) فإن وصى بما تحمله الجارية أو الشجرة - صحت الوصية؛ لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة؛ فجاز أن يملك بالوصية ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: إن الاعتبار بحال الوصية؛ لم تصح؛ لأنه لا يملك فى الحال ما وصى به.

(الشرح) الأحكام: تجوز الوصية بالمعدوم: كالوصية بما تحمله هذه الشجرة أو الجارية؛ لأن المعدوم يجوز أن يملك بعقد المساقاة[2] والقراض والإجارة؛ فجاز

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .
(٢) ينظر: قواعد الأحكام (٨/ ٨١)، حاشية الدسوقى (٣/ ٥٣٩)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٨٤) .

أن يملك بعقد الوصية؛ لأنها أوسع بابًا من غيرها، وهذا ما حكاه البندنيجى عن النص.

ومن طريق الأولى جواز الوصية بالحمل الموجود، ولكن يشترط استحقاق الموصى له تحقق وجوده حالة الوصية.

ولو قال: أوصيت لك بمن تلده جاريتى، فهل يراعى وجود الحمل وقت الوصية أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويكون كقوله: أوصيت بحمل جاريتى.

والثانى: لا - كقول أبى إسحاق - ففى أى زمان ولدته كان للموصى له[(١)].

ولو قال: إن ولدت هذه الجارية ولدًا ذكرًا فهو وصية لزيد، وإن ولدت أنثى فهى وصية لعمرو، فإن ولدت ذكرًا وأنثى، صرف إلى كل منهما، ما أوصى له به.

فلو وضعت خنثى مشكلا[(٢)]، ففيه وجهان:

أحدهما: لا حق فيه لواحد منهما؛ لأنه ليس بذكر؛ فيستحقه زيد، ولا بأنثى فيستحقها عمرو.

والثانى: يوقف حتى يصطلحا عليه، حكاه الماوردى.

مسألة: لو ضرب ضارب بطن الأمة الموصى بحملها، فأجهضت ميتًا، صرف الأرش للموصى له، بخلاف ما لو أوصى له بحمل بهيمة فضربها ضارب فوضعت؛ فإن الموصى له لا يستحق شيئًا.

قال الماوردى: والفرق: أن دية الجنين بدل منه، وما وجب فى جنين البهيمة بدل ما نقص من قيمتها، وليس هو موصى له بشىء من القيمة.

فرع: وتصح الوصية بالمجهول، كالوصية بالأعيان الغائبة، وكذا بأحد العبدين أو بعبد من ماله، وبما لا يقدر على تسليمه: كالطير الطائر والعبد الآبق؛ لأن الموصى له يخلف الميت فى ثلث ماله، كما يخلفه الوارث فى ثلثيه، ثم الوارث يخلفه فى هذه الأشياء؛ فكذلك الموصى له.

فرع: وتصح الوصية بما لا يملكه: كالوصية بألف درهم لا يملكها، أى: ثم ملكها عند الموت، سواء كانت معينة أو غير معينة؛ كما صرح به الرافعى، وكذا

---

(١) ينظر: الروضة (٦/ ١٠٠)، مغنى المحتاج (٣/ ٤٤)، التحفة على المنهاج (٧/ ١٧) .
(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٢٨، ٢٩) .

بعبد لا يملكه؛ لأن الوصية تملك بالموت؛ فاعتبر أن يكون الملك موجودًا إذ ذاك، وهذا قول أكثر البصريين، وهو الصحيح؛ بناء على أن الاعتبار بقدر الثلث بحالة الموت؛ كما حكيناه من قبل.

وقيل: إن لم يملك شيئًا أصلا، لم تصح الوصية؛ لأنها عقد، والعقود لا يعتبر فيها ما بعد، وهذا قول أكثر البغداديين؛ بناء على أن الاعتبار فى قدر الثلث بحالة الوصية، وعليه يخرج قول من منع الوصية بما تحمل الشجرة أو الجارية؛ لأن الحمل غير مملوك حال الوصية.

وبعضهم قطع فى الوصية بما تحمل الشجرة بالصحة، وبإجراء هذا القول فيما تحمله الجارية، وفرق بأن الثمرة تحدث بغير إحداث أمر، والولد لا يحدث إلا بإحداث أمر فى الأصل؛ ولهذا تجوز المساقاة على الثمار التى ستحدث، ولا تجوز المعاملة على النتاج الذى سيحدث.

وبناه الماوردى على أن الاعتبار فى الثلث بحال الموت أو بحال الوصية.

أما إذا أوصى بثلث ماله وله مال، فهلك واستفاد غيره، فعلى قول البصريين تتعلق الوصية بالمتجدد، وهو ما ادعى القاضى أبو الطيب الجزم به، وكذلك ابن الصباغ، وقال البندنيجى فى باب الرجوع عن الوصية: إنه المذهب.

وعلى مقابله: بطلت الوصية.

وقياس هذا أن يطرد فيما إذا باع المال الموجود حال الوصية، واستبدل غيره، وقد جزموا بالصحة فى هذه الحالة، واستدلوا بها على فساد قول البغداديين.

وللبغداديين أن يفرقوا بأن فى الاستبدال، المالية التى كانت فى الأعيان الموجودة حال الوصية انتقلت إلى الأعيان الموجودة حال الموت؛ فاعتمدت الوصية المالية فى الحالتين؛ كما نقول فى وجوب زكاة التجارة فى مثل ذلك؛ لما ذكرناه، وعند التلف فإن مالية الأعيان الموجودة حال الوصية قد زالت بالكلية، ولم تعد؛ فلذلك بطلت الوصية.

وفى النهاية فى باب الطلاق قبل النكاح: أن الشيخ أبا محمد كان يقول: إذا صححنا الوصية مضافة إلى العين فشرطه: أن يقيد بتقدير الملك، فيقول: إن ملكت هذا العبد، أما إذا وجه الوصية على عبد الغير مطلقًا من غير تقييد بالملك فالوصية باطلة.

والظاهر عندنا ما ذكره من العراقيين: البندنيجي وابن الصباغ، ومن المراوزة: القاضي الحسين في كتاب المكاتبة، حيث قالوا: لو أوصى برقبة المكاتب على القول بامتناع بيعه، لم يصح ولا يسلم له، وإن انفسخت الكتابة قبل موت الموصى له؛ كما لو أوصى بعبد الغير ثم ملكه، نعم إن وصى برقبة المكاتب إن عجز، أو بهذا العبد إن عاد إليه، ففيه وجهان حكاهما البندنيجي وحكى وجهًا ثالثًا: أنه تصح الوصية برقبة المكاتب، وهو ما حكاه في البحر عن الأم[1].

فرع: إذا صححنا الوصية بما تحمل المرأة، فإن انفصل الولد لستة أشهر فما فوقها ولدون أربع سنين، فإن لم تكن ذات زوج، فهو للورثة وإن كانت ذات زوج يطؤها: فالظاهر أن الولد تجدد؛ فيكون للموصى له؛ قاله الماوردي.

فرع: إذا صححنا الوصية بالثمرة التي ستحدث، فلا يجب على الورثة السقي عند الحاجة؛ لأن الثمرة تحدث على ملك الموصى له، ولا يجب على الموصى له - أيضًا - سقيها، بخلاف نفقة العبد؛ لأن نفقة العبد مستحقة؛ لحرمة نفسه.

قال الماوردي: وكذا إن احتاجت النخل إلى سقي، لم يلزم واحد منهما[2].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وتجوز الوصية بالمنافع؛ لأنها كالأعيان في الملك بالعقد، والإرث، فكانت كالأعيان في الوصية.

ويجوز بالعين دون المنفعة، وبالعين لواحدٍ وبالمنفعة لآخر؛ لأن المنفعة والعين كالعين؛ فجاز فيهما ما جاز في العينين.

ويجوز بمنفعةٍ مقدرةٍ بالمدة وبمنفعةٍ مؤبدةٍ؛ لأن المقدرة كالعين المعلومة، والمؤبدة كالعين المجهولة - فصحت الوصية بالجميع.

(فصل) وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات؛ كالسماد، والزيت النجس، والكلب، وجلد الميتة؛ لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها؛ فجاز نقل اليد فيها بالوصية.

ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به؛ كالخمر، والخنزير، والكلب العقور؛ لأنه لا يحل الانتفاع بها، ولا تقر اليد عليها؛ فلم تجز الوصية بها.

(١) ينظر: الأم (٤/١٩، ٢٠).
(٢) ينظر: كفاية النبيه خ.

(الشرح) قوله: (كالسماد)[١] هو سرجين ورماد. وتسميد الأرض: أن يجعل فيها السماد.

الأحكام: تصح الوصية بالمنافع التى تستباح بالإجارة والإباحة: كسكنى الدار، وخدمة العبد، وثمرة البستان، وما أشبهه. وهو قول كافة العلماء.

وقال ابن أبى ليلى: لا تصح.

دليلنا: أن هذه المنافع تصح المعاوضة عليها؛ لأن منافع العبيد والدور تملك بالإجارة، وثمرة الشجرة تملك بالمساقاة عليها، وما ملك بالمعاوضة عليه، صحت الوصية به، كالأعيان.

وتصح الوصية بالمنفعة لرجل، وبالعين لآخر؛ لأن المنفعة والعين كالعينين، فجاز العقد على كل واحدٍ منهما.

إذا ثبت هذا: فتصح الوصية بمنفعة مقدرة، وبمنفعة مؤبدة؛ لأن الوصية تصح بالمعلوم والمجهول.

فرع: وإن وصى رجل لرجل بدينار من غلة داره فى كل سنة، وخرجت الدار من الثلث ووقفت الدار - فلا يجوز للورثة بيعها؛ لأن ذلك يسقط حق الموصى له من غلتها، فلم يجز بيعها؛ كالمرهون، فيدفع إلى الموصى له من غلتها كل سنة دينار، فإن بقى من غلتها شىء بعد الدينار، دفع ذلك إلى الورثة، وإن لم يبق لهم شىء، فلا شىء لهم. وإن لم تف غلة الدار كل سنة بدينار، فلا شىء للموصى له غير ما جاء من غلتها.

وإن كانت الدار تغل كل سنة دنانير كثيرة، فقال الورثة: نحن نبيع منها قدر ما تزيد غلته على الدينار، ونبقى منه ما يغل دينارًا - لم يكن لهم ذلك؛ لأنه ربما نقص كراء الباقى عن الدينار.

فصل: وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات: كالسماد، والسرجين، والكلب، والزيت النجس؛ لما ذكرناه من أن الموصى له فى الثلث كالورثة فى الثلثين[٢]، وهذه الأشياء تنتقل إلى الوارث؛ فكذلك الموصى له.

وفى الكلب وجه: أنه لا تجوز الوصية به، كما لا تجوز هبته على وجه.

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ٩٩).

(٢) ينظر: مواهب الجليل (٦/ ٣٦٥)، البدائع (٧/ ٣٥٢).

وفى البحر وجه: أنه لا تجوز الوصية بكلب صيد أو زرع أو ماشية لمن لا يحسن الصيد ولا زرع له ولا ماشية، وهو مستمد مما ذكره البعض فى باب الغصب: أنه لا يجوز لمن هذا حاله اقتناء مثل هذا.

وفى الكلب الذى لا ينتفع به وجه: أنه تجوز الوصية به[١].

والأول وهذا غريبان، نعم المشهور الخلاف فى الوصية بالجرو الصغير؛ بناء على جواز اقتنائه، والصحيح فى البحر جوازه.

وفى جواز الوصية بشحم الميتة الذى يطلى به السفن؛ إذا جوزنا الانتفاع به - وجهان.

فرع: ولا تجوز الوصية بما لا ينتفع به: كالخمر، والخنزير؛ لأنه يحرم الانتفاع بهما، ولا تقر اليد عليهما؛ فلا يجوز نقلهما إلى الغير، وهذا ما أطلقه العراقيون؛ بناء على الصحيح عندهم فى أنه لا فرق فى الخمر بين المحترمة وغيرها.

والمراوزة: فرضوا ذلك فى غير المحترمة، وجزموا فى المحترمة بجواز الوصية فيها؛ بناء على اعتقادهم جواز إمساكها[٢].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويجوز تعليق الوصية على شرطٍ فى الحياة؛ لأنها تجوز فى المجهول، فجاز تعليقها بالشرط؛ كالطلاق، والعتاق.

ويجوز تعليقها على شرطٍ بعد الموت؛ لأن ما بعد الموت فى الوصية؛ كحال الحياة؛ فإذا جاز تعليقها على شرطٍ فى الحياة؛ جاز بعد الموت.

(الشرح) الأحكام: يجوز تعليق الوصية على شرط فى الحياة أى: مثل أن يقول إذا جاء رأس الشهر، أو قدم زيد، فقد أوصيت لفلان بكذا، وإن كان فى بطنك ذكر فقد أوصيت به لفلان[٣].

أو إن حج فلان فى حياتى، أو قدم فى حياتى، فقد أوصيت له بكذا؛ لأن الوصية تصح فى المجهول؛ فصح تعليقها على شرط؛ كالطلاق والعتاق.

ويصح تعليقها على شرط بعد موت الموصى؛ بأن يقول: إن حج فلان بعد

---

(١) ينظر: المغنى والشرح الكبير لابن قدامة (٦/ ٤٨٥) .
(٢) ينظر: كفاية النبيه خ .
(٣) ينظر: كفاية النبيه خ .

موتى، أو تعلم القرآن وما أشبهه - فقد أوصيت له بكذا؛ لأن ما بعد الموتِ فى الوصية كحال الحياة، فإذا جاز تعليق الوصية على شرط فى حال الحياة، جاز بعد الموت.

وإن قال: إذا ملكت عبد فلانٍ، فقد أوصيت به لفلان، فملكه - ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى يعقوب الأبيوردى، وأبى حنيفة - أن الوصية صحيحة؛ لأن الجهالة والغرر لا يؤثران فى الوصية.

والثانى - حكاه الطبرى فى «العدة» -: أنه لاتصح الوصية.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كانت الوصية لغير معينٍ؛ كالفقراء - لزمت بالموت؛ لأنه لا يمكن اعتبار القبول، فلم يعتبر.

وإن كانت لمعينٍ - لم تلزم إلا بالقبول؛ لأنه تمليك لمعينٍ، فلم يلزم من غير قبولٍ؛ كالبيع.

ولا يصح القبول إلا بعد الموت؛ لأن الإيجاب بعد الموت، فكان القبول بعده فإن قبل - حكم له بالملك.

وفى وقت الملك قولان منصوصان:

أحدهما: تملك بالموت والقبول؛ لأنه تمليك يفتقر إلى القبول؛ فلم يقع الملك قبله كالهبة.

والثانى: أنه موقوف، فإن قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت؛ لأنه لا يجوز أن يكون للموصى؛ لأن الميت لا يملك.

ولا يجوز أن يكون للوارث؛ لأن الوارث لا يملك إلا بعد الدين والوصية.

ولا يجوز أن يكون للموصى له؛ لأنه لو انتقل إليه لم يملك رده؛ كالميراث، فثبت أنه موقوف.

وروى ابن عبد الحكم قولًا ثالثًا: أنه يملك بالموت، ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به؛ كالميراث.

(فصل) وإن رد، نظرت: فإن كان فى حياة الموصى - لم يصح الرد؛ لأنه لا حق له فى حياته، فلم يملك إسقاطه؛ كالشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع.

وإن رد بعد الموت، وقبل القبول - صح الرد؛ لأنه يثبت له الحق فملك إسقاطه؛

كالشفيع إذا عفا عن الشفعة

وإن رد بعد القبول، وقبل القبض - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح الرد؛ لأنه ملكه ملكًا تامًا؛ فلم يصح رده، كما لو قبضه.

والثانى: أنه يصح الرد - وهو المنصوص - لأنه تمليك من جهة الآدمى من غير بدلٍ، فصح رده قبل القبض؛ كالوقف.

وإن لم يقبل، ولم يرد - كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد.

فإن امتنع من القبول والرد، حكم عليه بالرد؛ لأن الملك متردد بينه، وبين الورثة؛ كما لو تحجر أرضًا فامتنع من إحيائها، أو وقف فى مشرعة ماءٍ فلم يأخذ ولم ينصرف.

(فصل) وإن مات الموصى له قبل موت الموصى - بطلت الوصية، ولا يقوم وارثه مقامه؛ لأنه مات قبل استحقاق الوصية.

وإن مات بعد موته، وقبل القبول - قام وارثه مقامه فى القبول والرد؛ لأنه خيار ثابت فى تملك المال فقام الوارث مقامه؛ كخيار الشفعة.

(الشرح) الأحكام: تستحق الوصية بالموت؛ إن كانت لغير معين: كالفقراء، والمساكين، والعلماء، ونحوهم؛ لأنه لا يمكن اعتبار القبول منهم.

وإن كانت لمعين، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: تملك بالموت، أى: شاء أو أبى؛ كما ذكره القاضى أبو الطيب والبندنيجى؛ لأنه استحقاق بالوفاة، ولم يكن من شرطه القبول؛ كالميراث. ولأن التدبير وصية كسائر الوصايا، يجب أن ينجز بالموت، وهذا ما حكاه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وأبو ثور عن الشافعى - رضى الله عنه - فى نسخة من تعليق البندنيجى: أن المزنى نقله مع ابن عبد الحكم، وقيل: لعل ذلك غلط من الناسخ؛ فإن بعض الأصحاب قالوا: إن ابن عبد الحكم وأبا ثور تفردا بنقله عنه، وامتنع أبو إسحاق المروزى وأكثر المتقدمين من أصحابنا من إثباته قولا، ولم يثبتوا للشافعى - رضى الله عنه - سوى القولين الاثنين؛ لأنهما منصوصان فى كتبه، وحملوا هذه الرواية على معنى أن بالقبول يحكم بدخوله بالموت فى ملكه.

وابن أبى هريرة وأكثر المتأخرين من أصحابنا - كما قال الماوردى - أثبتوه قولا للشافعى، رضى الله عنه.

والقائلون به يقولون: له رده، ويدخل فى ملك الوارث من جهة الموصى له من حين الرد؛ كما ذكره أبو الطيب والبندنيجى.

والثانى: تملك بالموت والقبول؛ لأنه تمليك بعقد؛ فيوقف الملك فيه على القبول؛ كما فى البيع ونحوه.

ووجهه ابن الصباغ والمصنف هاهنا بأنه تمليك يفتقر إلى القبول؛ فلم يقع الملك قبله كالهبة.

وهذا التعليل يفهم: أنا على القول الأول نعتبر الإتيان بالقبول، وإلا لكان مصادرة، وعلى هذا ينطبق قول الغزالى. أما القبول فلا بد منه. وقد يفهم هذا تناقضًا، وليس كذلك بل المراد: أن القبول لا بد منه: إما فى حصول الملك على القولين الآخرين، أو فى لزومه على هذا القول.

ولمن يكون الملك بعد الموت وقبل القبول؟ فيه وجهان:

أصحهما - وبه قال ابن سريج وأكثر البصريين -: أنه للوارث.

والثانى - وبه قال أبو إسحاق وأكثر البغداديين -: أنه مستبقى على ملك الميت، وعليهما يخرج ما إذا كان الموصى به زوجة الوارث.

فإن قلنا بالأول انفسخ النكاح، وإن قلنا بالثانى لم ينفسخ؛ قاله ابن الصباغ قبيل باب التعريض بالخطبة، بعد أن حكى فى صدر المسألة عن ابن الحداد إطلاق القول بعدم انفساخ النكاح؛ إذا قبل الموصى له.

والثالث - وهو الأصح - أن الوصية موقوفة، فإن قبل حكم له بالملك - أى: يقينًا - من حين الموت، وإن رد: حكم بأنها ملك للوارث؛ لأنه لا يملك جعل الموصى به بعد الموت للموصى؛ لأنه جماد والجماد لا يملك، ولا للورثة؛ لأنهم لا يملكون إلا بعد الدين والوصية للنص، ولأنه يؤدى إلى أن ينتقل الملك إلى الموصى له منهم، وذلك خلاف وضع الوصية، ولا للموصى له، وإلا لما صح رده له كالميراث؛ فتعين الوقف.

قال القاضى الحسين والمتولى: وهذا الخلاف كالخلاف المذكور فى حصول الملك فى البيع، وعليه يتفرع مسائل:

منها: كسب العبد وثمرة الشجرة وسائر زوائد الموصى به إذا حصلت قبل

الموت[١]، فهى له ولورثته من بعده، وإن حصلت بعد القبول، فهى للموصى له، وإن حصلت بعد الموت وقبل القبول، فعلى الأول والثالث: هى للموصى له، وعلى الثانى: هى للورثة على الصحيح، وقيل: للميت حتى يقضى منها ديونه، وقيل: للموصى له.

وإن رد، وقلنا: ملك بالموت، فهى له أيضًا، وبه جزم البندنيجى. وقيل: لا، وحكمها كما إذا قلنا: إنه لا يملك إلا بالقبول؛ فتكون للورثة على الصحيح. وقيل: للميت.

وحكم الحمل الحادث بعد الوصية بالجارية حكم الزوائد الحادثة؛ فلا يدخل فى الوصية؛ إذا كان قبل موت الموصى.

وحكى إبداء احتمال فى إجزاء القولين فى ولد المدبرة فيه، والظاهر القطع بالأول.

ومنها: نفقة الموصى به، إذا احتاج إلى نفقة، وكذا زكاة الفطر[٢] - تبنى على الأقوال.

وفى الوسيط: أنها على الموصى له إن قبل على كل حال، وعلى الوارث إن رد على كل حال.

ومنها: إذا كان قد زوج أمته من حر، وأوصى له بها، فإن رد الوصية استمر النكاح، إلا إذا قلنا: إنه يملك بالموت؛ فينفسخ[٣] من يوم الموت على الأصح، وفيه وجه حكاه المتولى.

وإن قبل انفسخ النكاح، ويكون من وقت الموت على قول، ومن وقت القبول على آخر.

وإن كان قد زوجها من وارثه، ثم أوصى بها لغيره، فإن قبل الموصى له الوصية استمر النكاح، إلا إذا قلنا: إن الملك يحصل بالقبول وإنه قبل القبول للوارث، ففيه وجهان:

أظهرهما: الانفساخ.

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقى (٤/ ٤٢٤)، تبيين الحقائق (٦/ ١٩٥) .
(٢) ينظر: حاشيتى قليوبى وعميرة (٢/ ٣٢) .
(٣) ينظر: مختار الصحاح (٥٠٣)، الفقه الإسلامى وأدلته (٤/ ٢٧٦)، والفروق (٣/ ٢٦٩) .

ووجه الثانى: أن الملك ضعيف يتعلق باختيار الغير.

وإن رد انفسخ النكاح، وفى استناده إلى حالة الموت هذا الخلاف.

وهذا إذا خرجت من الثلث، فإن لم تخرج ولم يجز الورثة، انفسخ أيضًا؛ لوجود شىء منها فى ملكه.

وإن أجازوا، وقلنا بحصول الملك بالموت أو بالتوقف، فهل ينفسخ إن قلنا: إن إجازتهم تنفيذ وإلا فقد انفسخ.

ومنها: إذا أوصى له بمن يعتق[1] عليه، فإن قلنا: إنه يملك بالموت عتق عليه من غير قبول، فإن رد فهل يزول العتق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما لو اشترى من يعتق عليه بشرط الخيار، كان له فسخ العقد.

والثانى: لا، وبه جزم المتولى، بخلاف الخيار فى البيع.

قال القاضى الحسين: لأن الخيار شرع؛ لاستدراك الظلامة، فلو قلنا: ليس له الفسخ لرفعنا معنى الخيار، بخلاف ما نحن فيه.

وقد حكى البعض الوجهين فى أن العتق هل ينفذ قبل القبول أم لا؟ تفريعًا على أنه ملك بالموت، وشبه الخلاف بما إذا أنشأ المشترى العتق فى زمن الخيار مع قولنا إن الملك له، وأبدى بينهما فرقًا ظاهرًا؛ وعلى ذلك جرى الرافعى حين قال: المذهب: أن العتق لا ينفذ قبل القبول.

وإن قلنا: لا يملك إلا بالقبول إذا قلنا بالوقف، فلم يقبل، لم يعتق. والأولى له أن يقبل.

فرع: إذا أوصى بعتق عبده بعد موته، ثم مات، فلمن يكون الملك قبل إنفاذ العتق؟

قال الرافعى والمتولى: إنه للوارث قولا واحدًا، وعلى هذا إذا اكتسب العبد مالا قيل: العتق يكون للوارث؛ كما لو اكتسب الموصى به مالا قبل القبول، وقلنا بحصول الملك به لا قبله.

وقد حكى الرويانى فى البحر فى باب الإقراع بين العبيد فى كسبه قولين:

أحدهما: أنه للوارث.

---

(١) ينظر: الإنصاف (٧/ ٣٩٢).

والثانى: للعبد المعتق.

وهذا كالعبد الموصى به لإنسان إذا اكتسب العبد مالا بعد موت سيده، وقبل القبول، لمن يكون كسبه؟ وفيه قولان:

أحدهما: للوارث.

والثانى: للموصى له.

وإن منهم من قال: يكون للعبد قولا واحدًا وهو الصحيح.

والفرق: أن العبد استحق العتق بموت السيد استحقاقًا مستقرًا لا يسقط بوجه من الوجوه، وليس كذلك الموصى له؛ فإنه بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء رد.

فرع: فإن لم يقبل الموصى له الوصية ولم يرد وطالب الورثة - أى: على القولين الآخرين - خيره الحاكم بين القبول والرد، فإن لم يفعل حكم عليه بالإبطال؛ لأن الملك متردد بينه وبين الوارث؛ فأشبه المتحجر إذا امتنع من الإحياء.

وعلى هذا عليه النفقة إلى أن يختار، وهذا الكلام يفهم أن القبول لا يشترط أن يكون على الفور.

وقد فصل الماوردى فقال: إن لم يعلم الموصى له بحقه، فحقه فى القبول إلى أن يعلم، فإن كان علمه عند انعقاد الوصايا وقسمة التركة فقبوله على الفور، فإن قبل وإلا بطل حقه فى الوصية.

فأما بعد علمه وقبل إنفاذ الوصايا وقسمة التركة، فمذهب الشافعى - رضى الله عنه - وجمهور أصحابه: أن القبول فيه على التراخى؛ فيكون ممتدًا ما لم يصرح بالرد، حتى تنفذ الوصايا وتقسم التركة.

وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا أن القبول بعد علمه على الفور؛ كالهبة.

وحكى فى البحر: أن منهم من جعل نهايته ثلاثة أيام.

فرع: وهل يقوم رهن[1] الموصى له الموصى به مقام قبوله؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: نعم، ويصح الرهن.

---

(١) ينظر: حاشيتى قليوبى وعميرة (٢/ ٢٦١)، حاشية الدسوقى (٤/ ٢٣١).

والثانى: لا؛ فلا يصح.

والثالث: يكون قبولا، ولا يصح الرهن.

ويظهر جريان هذا الخلاف فى كل تصرف فى معنى الرهن أو أقوى منه: كالبيع ونحوه، ولا خلاف فى أن القبول فى هذه الوصية لا يعتد به قبل الموت، وكذا الرد فيها.

فرع: وإن قبل الوصية وقبض ثم رد، لم يصح الرد[1]؛ لأن ملكه قد استقر؛ فلم يملك إبطاله كالملك بعد القبض فى الهبة.

وإن رد بعد القبول وقبل القبض، فقد قيل: يبطل - أى: عقد الوصية - وهو ظاهر النص فى الأم والمذهب فى تعليق البندنيجى، والأصح فى غيره؛ قياسًا على الغانمين؛ فإنهم يملكون الغنيمة بالاستيلاء، ولو أعرضوا لسقط حقهم لأهل الخمس، كذا قاله المتولى. ولأنه تمليك من جهة آدمى من غير بدل؛ فصح رده بعد القبول وقبل القبض؛ كالوقف إذا رده بعد القبول وقبل القبض؛ فإنه يرتد وإن كان مالكًا، كذا قاله الماوردى، والظاهر: أنه يرتد بالنسبة إلى الريع، لا بالنسبة إلى إبطال الوقف.

وقيل: لا يبطل؛ لأن المعقود عليه ليس من شرط الملك فيه القبض؛ فلم يملك رده بعد القبول كالبيع، وهذا ما قطع به المراوزة وارتضاه العراقيون، وحكوا معه وجهًا آخر.

وقد قيل: إن القول الأول ضعيف لا مستند له من أثر ولا معنى، فلا يعتد به.

ثم على القول الثانى، إذا قبل الوارث الرد، فهل يصح الرد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويكون كالإقالة؛ فيعود المال إلى التركة.

والثانى: لا، إلا أن يأتى الموصى له بإيجاب وقبول وشروط الهبة، وحينئذ يكون ملكًا للوارث لا للتركة؛ كذا حكاه الماوردى.

فرع: اعلم أن الوصية بالمال تنعقد بالإيجاب الصريح، وهو قوله: أوصيت لك بكذا أو أعطيتك كذا أو أعطوه، أو جعلت هذه الدار ملكه بعد الموت.

ولو قال: «عينت هذا له»، فهو كناية تنعقد بها الوصية عند النية.

---

(١) ينظر: الروضة (٦/ ١٤٢)، مغنى المحتاج (٣/ ٥٣).

ولو قال: «وهبت هذا منه»، ففى كونه كناية وجهان:

أصحهما: لا، فلو قال: «هذه لفلان»، ثم قال: أردت الوصية، لم يقبل إلا أن يقول: «هذا من مالى لفلان».

ولو قال له إنسان: أوصيت لفلان بكذا؟ فقال نعم - قال المتولى: لا نجعل ذلك وصية؛ لأنه لم يأت بلفظ عقد.

ولا يكفى فى الوصية الكتابة، نعم لو كتب، ثم قال للشهود: اشهدوا أن مضمونها وصيتى وختمها هو ختمى - فهل يعمل به؟ فيه وجهان:

المشهور لا.

وحكى فى التتمة عن محمد بن نصر المروزى من أصحابنا أنه قال: يكفى، وتثبت الوصية بالشهادة على ذلك، وهو نظير وجه حكاه الغزالى فى الباب الثالث فى القضاء على الغائب، فيما إذا أسلم المقر له الضالة إلى الشهود، وقال: اشهدوا بما فيها؛ فإنى عالم به، وقال: لعله الأصح، لكنه علله بأنه مقر على نفسه بما لا يتعلق بحق الغير، والإقرار بالمجهول صحيح. وهنا قد يقال: إن ذلك يتعلق بحق الغير.

وعن بعض أصحابنا فيما رواه أبو الحسن العبادى: أنه تكفى الكتابة من غير إشهاد؛ لقوله - عليه السلام -: «إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ»[1].

فرع: قال فى «الأم»: إذا أوصى لرجل بوصية، ثم قال الموصى له بعد موت الموصى: رددت الوصية لفلان، وسمى واحدًا من الورثة - رجع إلى الموصى له، وقيل له: ما أردت بقولك: لفلان؟ فإن قال: أردت أنى رددت الوصية إلى جميع الورثة لأجل ذلك المسمى، عادت إلى جميع الورثة، وكان المسمى كغيره، وإن قال: إنى أردت بذلك: أنى جعلتها للمسمى خاصة - اختص المسمى بملكها دون سائر الورثة.

فرع: إذا أوصى رجل لحمل امرأة بشىء، فمات الموصى، ثم قبل أبو الحمل الوصية له قبل الانفصال - فهل يصح هذا القبول؟

اختلف أصحابنا فيه:

فقال القفال: لا يصح القبول قبل الولادة؛ لأنه قَبِلَهُ فى وقت لا يدرى: هل

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

الحَملُ موجودٌ أم لا؟

وقد قال ابن سريج: لا يصح الأخذ بالشفعة للحمل إلا بعد الولادة.

مسألة: وإذا تزوج حر بأمة لغيره، فأوصى مالكُ الأمة بها لزوجها، ثم مات الموصى - فإن رد الموصى له الوصية، بقيت الأمةُ على ملك ورثة الموصى، والزوجية باقية.

وإن قبل الزوج الوصية، ملك زوجته، وانفسخ النكاح؛ لأن حكم النكاح والملكِ يتنافيان، فثبت الأقوى وهو الملك، وسقط الأضعف وهو النكاح.

ومتى يحكم بانفساخ النكاح؟ يبنى ذلك على وقت ملك الموصى له الموصى به بعد القبول. وقد مضى.

ثم ينظر فى الجارية: فإن كانت حائلا، فلا كلام.

وإن كانت حاملا فولدت، فلا تخلو من ثلاثة أحوال:

إما أن تضعه قبل موت الموصى، أو بعد موته وقبل قبول الموصى له، أو بعدَ موته وبعد قبول الموصى له.

فالحالة الأولى: إذا وضعته فى حياة الموصى، نظرت:

فإن وضعته لستة أشهر فما زاد من حين الوصية، كان الولد ملكًا للموصى ولورثته بعده؛ لأنا لا نحكم بوجوده حال الوصية.

وإن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية، فإنا نحكم بوجوده حال الوصية:

فإن قلنا: إن الحمل له حكم، كان الولد موصًى به مع الأمّ، ويملكه الموصى له مع الأم، ويعتق عليه، ولا تصير الجارية أم ولد له.

وإن قلنا: لا حكم له، كان الولد ملكًا لورثة الموصى.

الحالة الثانية: إذا وضعته بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له، ففى هذا ثلاث مسائل:

إحداهن: أن تكون حملت به بعد موت الموصى؛ بأن تضعه لستة أشهر فصاعدًا من حين موت الموصى:

فإن قلنا: إن الموصى له لا يملك الوصية إلا بالقبول، فإن الولد هاهنا ملك لورثة الموصى.

وإن قلنا: نتبين بالقبول أنه ملك بموت الموصى، أو قلنا برواية ابن عبد الحكم -

فإن الولد حر الأصل؛ لأنها علقت منه بحرٍّ فى ملكه ولا ولاء عليه؛ لأنه لم يمسه الرق، والجارية أم ولد له؛ لأنها علقت منه بحرٍّ فى ملكه.

المسألة الثانية: إذا حملت به قبل موتِ الموصى وبعد الوصية، مثل: أن تضعه لستة أشهر فصاعدًا من حين الوصية، ولأقل من ستة أشهر من حين موت الموصى:

فإن قلنا: للحمل حكمٌ، فإن الولد غير موصى به، بل كان ملكًا للموصى فى حياته، ولورثته بعده.

وإن قلنا: لا حكم له، فإن قلنا: إن الموصى له لا يملك إلا بالقبول، كان الولد ملكًا لورثة الموصى. وإن قلنا: نتبين بالقبول أنه ملك بالموت، أو قلنا برواية ابن عبد الحكم - كان الولد ملكًا للزوج، ويعتق عليه، ويثبت له عليه الولاء، ولا تصير الجارية أم ولدٍ له؛ لأنها علقت به وهو مملوك.

المسألة الثالثة: إذا حملت به قبل الوصية؛ بأن تضعه لدون ستة أشهرٍ من حين الوصية:

فإن قلنا: للحمل حكمٌ، كان الولد موصى به؛ لأنه مع الأمِّ كعين أخرى موصى بها، فإذا قبل الموصى له الوصية، ملك الولد، وعتق عليه، وثبت له عليه الولاء، ولا تصير الجارية أم ولد له؛ لأنها علقت منه بمملوك.

وإن قلنا: لا حكم للحمل، فإن قلنا: إن الملك حصل بقبول الموصى له، فالولد ملك لورثة الموصى. وإن قلنا: نتبينُ بالقبولِ أنه ملك بموتِ الموصى، أو قلنا برواية ابن عبد الحكم، فقد ملك الزوج الولد، وعتق عليه، وثبت له عليه الولاء، ولا تصيرُ الجارية أم ولد له.

الحالة الثالثة: إذا وضعته بعد موت الموصى، وبعد قبول الموصى له، ففيه أربع مسائل:

إحداهن: أن تكون حملته بعد القبول؛ بأن تضعه لستة أشهرٍ فصاعدًا من حين القبول، فإن الولد حر الأصل، ولا ولاء عليه، والأمة أم ولد للزوجِ؛ لأنها علقت منه بحر فى ملكه.

الثانية: إذا حملته بعد موت الموصى وقبل القبول؛ بأن تضعه لستة أشهر فصاعدًا من حين موت الموصى، ولدون ستة أشهر من وقت القبول.

فإن قلنا: إن الملك للموصى له حصل بنفس القبول، بنى على القولين فى

الحمل:

فإن قلنا: له حكم، كان ذلك ملكًا لورثة الموصى. وإن قلنا: لا حكم له، كان ملكًا للموصى له، وعتق عليه، وثبت له عليه الولاء، ولا تصير الجارية أم ولد له.

وإن قلنا: نتبين بالقبول أنه ملك بموت الموصى، أو قلنا برواية ابن عبد الحكم - انعقد الولد حرَّ الأصلِ، وصارتِ الجارية أم ولد للموصى له؛ لأنها علقت منه بحر فى ملكه.

الثالثة: إذا حملته بعد الوصية وقبل موت الموصى، مثل: أن تضعه لستة أشهر فصاعدًا من وقت الوصية، ولأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى:

فإن قلنا: للحمل حكم، كان ذلك ملكًا للموصى ولورثته بعده.

وإن قلنا: لا حكم للحمل، ملك الموصى له الولد بملك الأم، وعتق عليه، وثبت له عليه الولاء، ولا تصير الجارية أم ولد له.

الرابعة: إذا حملته قبل الوصية، مثل: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية - فإن الولد يكون ملكًا للموصى له بكل حالٍ، ويعتق عليه، وله عليه الولاء؛ لأنا إن قلنا: للحمل حكم، فقد أوصى له بهما. وإن قلنا: لا حكم له، اعتبر وقت انفصاله، وقد انفصل فى ملكه، ولا تصير الجارية أم ولد له؛ لأنها علقت منه بمملوكٍ.

فرع: فإن كانت المسألة بحالها، فمات الموصى، ثم مات الموصى له قبل القبول والرد، وله وارث، إما ابن أو أخ أو غيرهما - قام مقامه فى القبول والرد، فإن رد الوارث الوصية، كانت الجارية وأولادها ملكًا لورثة الموصى.

قال الشافعى: وكرهت لهم ذلك؛ لأن الأولاد قد يعتقون ويثبت للأمة حكم الاستيلاد، وذلك يبطل برد الوارث.

وإن قبل الوارث الوصية، بنيت على وقت ملك الموصى له:

فإن قلنا: إنه يملك بنفس القبول، ملك الوارث الجارية وأولادها، ولا يعتقون عليه، ولا يرث أولاد الجارية الموصى له؛ لأن وارث الموصى له ملك الجارية وأولادها بالموصى له من جهته؛ لأن الموصى له لم يملكهم.

وإن قلنا: نتبين بالقبول أنه ملك بموت الموصى، تبينا أن الموصى له قد كان ملك الجارية وأولادها قبل موته؛ فيكون قبول وارث الموصى له كقبوله.

فكل موضع قلنا فى التى قبلها على هذا القول؛ إذا قبل الموصى له الوصية: إن الجارية تكون ملكًا للزوج وأولادها لورثة الموصى - كان هاهنا مثله.

وكل موضع قلنا: لو قبل الأب الوصية على هذا، وقلنا: يكون أولاد الجارية أحرار الأصل - فإنهم يكونون أحرار الأصل إذا قبل وارث الموصى له الوصية إلا أن الأولاد يرثون الأب إذا قبل، ويكونون أحرار الأصل.

وأما إذا قبل وارث الموصى له، وحكمنا بأن الأولاد أحرار الأصل، فهل يرثون الأب؟ اختلف أصحابنا فيهم:

فقال الشيخ أبو حامد: لا يرثون؛ لأنا لو جعلنا أولاد الأمة من جملة الورثة، لوقف صحة قبول الوصية على جماعتهم؛ إذ قبول جملة الوصية لا تصح إلا من جميع الورثة، وهم عند القبول مماليك لا يصح قبولهم؛ فتبطل الوصية، وإذا بطلت الوصية، سقط عتقهم؛ فيؤدى إثبات ميراثهم إلى نفيه؛ فثبت العتق وسقط الميراث.

وقال ابن الصباغ: يرث أولاد الأمة، ويعتبر قبول من هو وارث فى حال اعتبار القبول؛ لأن اعتبار القبول فى حقهم يؤدى إلى إسقاطهم وإسقاط الميراث؛ فأسقطنا القبول وأثبتنا الميراث؛ لأنا لو لم نورثهم، لأدى إلى إثبات ولد بلا ميراث.

وقال القاضى أبو الطيب والمسعودى: إن كان الوارث القابل ممن يحجبه أولاد الأمة - لم يرث أولاد الأمة. وإن كان ممن لا يحجبه أولاد الأمة، فهل يرثون؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرثون؛ لأن توريثهم لا يؤدى إلى حجب الوارث القابل.

والثانى: لا يرثون، وهو اختيار المسعودى؛ لأن توريثهم يخرج القابل عن أن يكون جميع الورثة، ولا يصح القبول إلا من جميع الورثة.

وقال الداركى: إن كان القبول ثبت للموصى له وهو مريض، لم يرثه أولاد الأمة؛ لأن قبول وارث الموصى له يقوم مقام قبوله، ولو قبل هو لكان وصية ولم يرثه أولاد الأمة.

وإن ثبت له القبول وهو صحيح، ورثه أولاد الأمة؛ لأنه لو قبل الوصية فى صحته، لورثه الأولاد؛ فكذلك قبول ورثته يقوم مقام قبوله.

فرع: وإن وصى رجل لرجل بأمة، وللموصى له ابن منها حر يرثه، فمات الموصى، ثم مات الموصى له قبل القبول والرد - فإن ابن الموصى له من الجارية

الموصى بها يقوم مقامه فى القبول والرد: فإن ردها، بقيت على ملك ورثة الموصى، وإن قبلها، فإن احتملها الثلث، عتقت على الابن؛ لأنا إن قلنا: إن الملك يحصل بالقبول، فقد ملكها ابنها بقبوله. وإن قلنا: نتبين بالقبول أنها ملكت بموت الموصى، فبقبول الابن نتبين أن أباه كان قد ملكها، ثم انتقلت منه إرثًا إلى ابنه، فعتقت عليه.

وإن لم يحتملها الثالث: فإن كان الابن معسرًا، عتق منها ما ملكه منها لا غير وإن كان موسرًا بقيمة باقيها:

إن قلنا: تملك الوصية بنفس القبول، قوم باقيها على الابن.

وإن قلنا: نتبين بالقبول أنها ملكت بموت الموصى، فهل تقوم عليه؟ فيه وجهان:

من أصحابنا من قال: لا تقوم عليه؛ لأنه ملك بعضها بالإرث من أبيه، ومن ملك بالإرث، لم يقوم عليه، كما لو ورث بعض أمة.

وقال ابن الحداد: تقوم عليه، وهو اختيار القاضى أبى الطيب؛ لأنه ملك بعضها باختياره للقبول، فصار كما لو اشترى بعضها، بخلاف الإرث فإنه يدخل فى ملكه بغير اختياره.

انتهى كلام العمرانى، وقد أشرنا إلى مضمونه فيما ذكرناه من أحكام؛ وإنما آثرنا نقله هاهنا لما فيه من زيادات مهمة، ولأنه بمثابة مسائل تطبيقية على ما ذكرناه من الأحكام.

وقال الشيخ أبو زيد: فيه وجهان؛ بناء على القولين فى الحمل: هل له حكم أم لا؟

فإن قلنا: له حكم، صح القبول له.

وإن قلنا: لا حكم له، لم يصح القبول له إلا بعد الوضع.

قال: وكذلك الشفعة له، على هذين الوجهين.

فصل: وإن مات الموصى له قبل الموصى، بطلت الوصية؛ لأنها قبل الموت غير لازمة، فبطلت بالموت؛ كما لو مات أحد المتعاقدين فى البيع قبل القبول.

وإن مات بعد موته - أى: قبل القبول والرد - قام الوارث مقامه فى القبول والرد؛ لأنه حق يملك ثبت للوارث بغير اختيار من له العين، فقام الوارث فيه مقام الموروث؛ كالآخذ بالشفعة.

قال الأصحاب[١]: وليس لنا قبول يبقى بعد موت المُوجَب له والمُوجِب إلا هذا.

ووراء ذلك أمران آخران:

أحدهما: حكى الشاشى أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل القبول.

والثانى: حكى الإمام وجهًا عن رواية الشيخ أبى على: أن الموصى به إذا كان ممن يعتق على الموصى له: كأبيه، وابنه، لا يجوز للوارث القبول؛ فإنا لو صححنا القبول، لعتق على الميت، ولثبت له الولاء عليه، ولا سبيل لإثبات الولاء للميت بغير إذنه؛ وهذا بناء منه على أنه يعتق على الميت، وفيه خلاف.

ثم على الصحيح: إذا قبل الوارث فلمن يحصل الملك فى الموصى به ابتداء؟

قال الأصحاب: ذلك ينبنى على أقوال الملك: فإن قلنا: يملك بالقبول، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول ابن أبى هريرة وأبى حامد المروزى، كما حكاه الماوردى : أنه حاصل للورثة ابتداء؛ وبهذا أجاب ابن الصباغ وأبو الطيب وآخرون. وعلى هذا: فهل يقضى منه ديون الميت، وتنفذ منه وصاياه؟ فيه وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب فى المجرد، ووجه القضاء - وهو المذهب فى البحر، والذى حكاه ابن الصباغ عن الأصحاب -: أنهم ملكوه بما ورثوه عنه من القبول، فهو موروث بسبب من جهته؛ كما يملكون الدية إذا قتل ويقضى منها ديونه وإن قلنا: إنها ثبتت للوارث ابتداء.

ومقابله اختيار أبى حامد، ولم يحك فى البحر والحاوى فى كتاب الأقضية واليمين مع الشاهد سواه، وقالا: إن الموصى به يكون بين الورثة على السواء؛ تفريعًا على هذا وإن تفاوتوا فى الميراث، دون ما إذا قلنا: إن الملك حاصل للميت.

والثانى: وهو الظاهر من مذهب الشافعى - رضى الله عنه - كما قاله الماوردى، وبه قال أكثر البصريين، وحكاه ابن كج[٢] عن شيوخه: أنه يثبت ابتداء للميت؛ لأن الموصى إنما أثبت الملك للموصى له؛ فلا يثبت لغيره، وقبول الوارث نيابة عنه، وعلى هذا قال الغزالى: يستند الملك إلى ألطف زمان قبل موت الموصى له.

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٥٤)، الروضة (٦/ ١٤٣) .

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٦/ ١٤٦، ١٤٧)، الغاية القصوى (٢/ ٦٩٦) .

وإن قلنا بقول الوقف أو بقول انتقال الملك بنفس الموت - فالملك حاصل للموصى له.

وعلى ما ذكرناه ينبنى ما إذا كانت الوصية بمن يعتق على الموصى له، فحيث قلنا: إن الملك يحصل ابتداء للوارث، فإن كان ممن يعتق عليه الموصى به أيضًا -: كما إذا كان وارث الموصى له أباه والموصى به ابنه - عتق على الوارث أيضًا، وولاؤه له. وإن كان ممن لا يعتق عليه، فلا يعتق، وحيث قلنا: يحصل الملك للموصى له ابتداء عتق عليه، ولكن هل يرث منه؟ ينظر: إن حكمنا بحريته عند القبول، فلا. وإن حكمنا بحريته عند الموت: فإن كان ممن يحجب الوارث القابل كما إذا كان القابل أخًا للموصى له أو عمه، والموصى به ولده - فلا يرث؛ لأن ثبوته يؤدى إلى نفيه.

وأبدى ابن الصباغ فى هذه الصورة احتمالا موافقًا لما ذكر أنه أبداه فى الإقرار من توريث الابن الذى أقر به عمه.

وإن كان الوارث القابل ابنًا والموصى به ابنًا آخر - فوجهان، حكاهما القاضى فى المجرد:

أحدهما: أنه يرث؛ لأنه ليس فى إرثه سقوط إرث أخيه الذى قبل الوصية؛ فلا يؤدى توريثه إلى نفيه، وهذا ما جزم به الماوردى.

والثانى: لا يرث، وهو من تخريج ابن سريج، وصححه الرويانى والغزالى. ووجهه: أنا لو ورثناه لاعتبرنا قبوله، ولا يعتبر قبوله فى حال رقه، ولا فائدة فيه بعد العتق.

وعلى الأول قال الداركى: محله إذا كان القبول قد ثبت للموصى له وهو صحيح، أما إذا ثبت له وهو مريض، ثم مات قبل القبول - لم يرث الموصى به؛ لأن قبول الوارث يقوم مقام قبول الموروث. ولو قبل المورث فى حال مرضه، لكانت وصيته للموصى به الذى يعتق عليه ولم يرثه فكذلك هاهنا؛ ألا ترى أنه إذا أوصى له بولده فقبل الوصية وهو مريض، فإنه يعتق عليه ولا يرثه. وهذا منه تفريع على ما استشهد به كما هو ظاهر النص فى التتمة فى هذا الباب، وإلا ففى مسألة الاستشهاد وجه يأتى فى العتق - إن شاء الله تعالى -: أنه لا يحسب عليه من الثلث ويرثه.

ولو كان وارث الموصى له اثنين، فقبل أحدهما، ورد الثانى - فالذى ذكره الأصحاب: أن القدر الذى قبله يعتق على الميت ثم إن كان نصيب القابل من التركة التى فى يده يفى بالسراية سرى، ويكون العتق عن الميت ابتداء وسراية والولاء له، ويرث الابن القابل وكذا الراد على أصح الوجهين. وإن لم يكن فى يده من التركة شىء أصلا فلا يسرى.

وجواب الشيخ أبى على: أنه لا يسرى فى الصورة الأولى أيضًا؛ فإنه لو سرى لسرى على الميت، والعتق لا يسرى على ميت؛ لأن حكمه حكم المعسرين.

قيل: ولا وجه إلا ما ذكره الشيخ، وما سواه غلط فى القياس وفى هذا كله نظر؛ لأنا نفرع على قول الوقف، فإذا حصل القبول من الوارث، تبينا حصول العتق عند موت الموصى، وذلك فى حياة الموصى له، فإذا أسرينا العتق لم نسره على ميت، بل نسره على حى[1].

* * *

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب ما يعتبر من الثلث

ما وصى به من التبرعات؛ كالعتق، والهبة، والصدقة، والمحاباة فى البيع - يعتبر من الثلث سواء كانت فى حال الصحة أو فى حال المرض، أو بعضها فى الصحة وبعضها فى المرض؛ لأن لزوم الجميع عند الموت.

فأما الواجبات من ديون الآدميين، وحقوق الله - تعالى -: كالحج والزكاة؛ فإنه إن لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث؛ لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة، ولا حق للورثة مع الديون فلم تعتبر من الثلث.

وإن وصى أن يؤدى ذلك من الثلث اعتبر من الثلث؛ لأنها فى الأصل من رأس المال، فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة؛ فاعتبرت من الثلث.

وإن وصى بها، ولم يقل إنها من الثلث - ففيه ثلاثة أوجهٍ.

أحدها: أنه تعتبر من الثلث - وهو ظاهر النص - لأنها من رأس المال فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا فجعل سبيلها سبيل الوصايا.

والثانى - وهو قول أبى على بن أبى هريرة -: أنه إن لم يقرن بها ما يعتبر من الثلث، اعتبر من رأس المال.

وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث - اعتبر من الثلث؛ لأنها فى الأصل من رأس المال. فإذا عريت عن القرينة - بقيت على أصلها.

وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث - علم أنه قصد أن يكون مصرفهما واحدًا.

والثالث: أنه تعتبر من رأس المال - وهو الصحيح - لأنها فى الأصل من رأس المال، والوصية بها تقتضى التأكيد والتذكار بها، والقرينة تقتضى التسوية بينهما فى الفعل لا فى السبيل - فبقيت على أصلها.

(الشرح) الأحكام: ما وصى به من التبرعات: كالعتق لا فى كفارة، والوقف والهبة، وصدقة التطوع، والبيع محاباة - يعتبر من الثلث، سواء وصى به فى الصحة أو فى المرض؛ لاستواء الكل فى وقت اللزوم وهو حال الموت.

ثم المحسوب من الثلث فى البيع محاباة القدر الناقص عما يتغابن[1] الناس

(١) ينظر: البدائع (٦/ ٣٠)، الدر المختار (٤/ ١٦٦).

بمثله. كا ذكره الأستاذ أبو منصور والحناطى.

ولا يبعد أن يعتبر جميع النقص من الثلث؛ كما قلنا فى الوكيل - على رأى - إذا باع بأكثر مما يتغابن الناس بمثله، أو الزوج إذا أقام عند الثيب سبعًا على رأى.

ولو كان البيع بثمن مؤجل حسبت قيمة العين بجملتها من الثلث، سواء كان البيع بثمن المثل أو بأقل أو بأكثر؛ لما فيه من تفويت اليد على الورثة، وتفويت اليد يلحق بتفويت المال؛ بدليل الغصب.

وهكذا الحكم فيما لو كان له على رجل دين حال، فأوصى بتأجيله - فإنه يحسب جملته من الثلث؛ لما ذكرناه.

قال فى البحر: ويحتمل عندى أن يقال: لا يعتبر من الثلث إلا التفاوت بين المؤجل والحال فى العقود.

مسألة: لو قال لأمته: إذا مت فأنت حرة على ألا تتزوجى، فإذا مات وقبلت ذلك عتقت، ولا بد من قبولها، ون كان لا يلزمها الامتناع من التزويج، قاله صاحب التهذيب، ثم قال: ويجب أن يقع قبولها بعد الموت، ويجب عليها قيمة رقبتها.

وخص الماوردى الرجوع بالقيمة إذا لم تتزوج، وأنها لا تعود ميراثًا إن تزوجت؛ لأن عدم الشرط يمنع من إمضاء الوصية، ونفوذ العتق يمنع من الرجوع فيه. نعم لو أوصى لأم ولده بألف على ألا تتزوج، أعطيت على هذا الشرط، فإن تزوجت استرجع الألف منها.

ولو قال لأمته: إذا مت فأنت حرة إن بقيت على الإسلام، فلا تعتق بالموت ما لم تقبل.

قال صاحب التقريب: وإذا قبلت عتقت، ويلزمها قيمتها.

قال فى الكفاية شرح التنبيه : قال الإمام: وما ذكره بعيد؛ فإن الإصرار على الإسلام ليس مما يتخيل مقابلته بالمال؛ فإنها فى امتناعها معطلة على نفسها حقها من التمتع، فالوجه أن يجعل التعليق بالإصرار على الإسلام تعليقًا محضًا. ثم فى النفس شىء من الحكم بعتقها فى الحال، فإن عنى بقوله: «إن بقيت مسلمة»: بقاءها على الإسلام إلى وقت موته، فلا إشكال. وإن عنى: بقاءها على الإسلام إلى موتها، فالحكم بالعتق ولم يتحقق ما يكون فيه نظر.

فرع: وما وصى به من الواجبات، أى: من قضاء دين، وأداء فرض الحج والزكاة

- فإن قيد بالثلث، اعتبر من الثلث؛ لأنه قصد الرفق بالورثة؛ فاعتبر قصده؛ وعلى هذا إن لم يوف الثلث بها، تممت من الثلثين.

وفائدة هذه الوصية - كما قال القاضى أبو الطيب -: إذا كان ثم وصية أخرى، فإن الثلث يقسم بينهما بالنسبة، ونكمل الواجب من رأس المال.

وحكى الشيخ أبو على[1]: قولا آخر: أن الفائدة تقديم الواجبات على أرباب الوصايا، فإن فضل من الثلث شىء صرف إليهم، وإلا فلا.

وقد حكاه القاضى أبو الطيب فى مسألة الحج، ورواه فى البحر عن حكاية أبى إسحاق، وابن أبى هريرة عن بعض الأصحاب، وقال إنه المذهب.

وإن أطلق فالأظهر: أنه لا يعتبر من الثلث؛ لأنها فى الأصل من رأس المال، فإذا لم يصرفها عنه، بقيت على الأصل، وكانت الوصية بها محمولة على التأكيد والتذكار بها، وهذا ما نص عليه عند الإيصاء بالحج فى المناسك من كتبه الجديدة، وبه جزم أبو إسحاق وابن أبى هريرة؛ كما حكاه الماوردى وأكثر الأصحاب؛ كما قال القاضى أبو الطيب.

وقيل: يعتبر من الثلث؛ لأنها من رأس المال، فلما وصى بها كانت قرينة دالة على أنها من الثلث، والوصية مصرفها من الثلث، وهذا ما نص عليه عند الإيصاء بالحج فى المختصر فى هذا الموضع من الوصايا؛ فإنه قال: إذا أوصى بأن يحج عنه ولم يحج حجة الإسلام، فإن بلغ ثلثه حجة من بلده حج عنه من بلده، وإن لم يبلغ، حج عنه من حيث بلغ ثلثه.

والقائلون بالأول منهم من تأوله كما سنذكره، ومنهم من نسبه إلى الغلط، وقال: إنما قال الشافعى - رضى الله عنه - ذلك فى حج التطوع؛ فإنه قال فى عيون المسائل: إذا أوصى بأن يحج عنه تطوعًا، فبلغ ثلثه الحج من بلد حج عنه من بلده، وإن لم يبلغ حج عنه من حيث يبلغ ثلثه.

ومنهم من يقول: إنه غلط من الناسخ، ويكون موضع قوله: «ولم يحج»: «وقد حج»، وهكذا وجد فى بعض النسخ.

وقيل: إن كان قد قرن به ما يعتبر من الثلث - أى: كما لو قال: حجوا عنى

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٦٧، ٦٨)، روضة الطالبين (٦/ ١٣١).

وتصدقوا - اعتبر من الثلث؛ عملا بالقرينة. وإن لم يقرن لم يعتبر؛ عملا بالأصل. وهذه طريقة أبى على بن أبى هريرة، وأبى على الطبرى، كما قال القاضى أبوالطيب، ورأى الإمام تخصيص هذه الطريقة بما إذا قال: أوصيت لكم؛ لتحجوا عنى، وتعتقوا، وتتصدقوا. فإن لم يجر لفظ الوصية، وقال: حجوا عنى، وأعتقوا، وتصدقوا - فهو كما لو تجرد ذكر الحج.

وطريقة أبى على بن خيران حمل النص الأول على أجرة المثل من الميقات، والنص الثانى على أجرة المسير من دويرة أهله إلى الميقات.

وطريقة أبى الطيب بن سلمة، وأبى حفص بن الوكيل تخريج المسألة على قولين، وقد ألحق القاضى أبو الطيب الحج المنذور[1] بحج الفرض، وقياسه: أن يطرد فى سائر المنذورات، وكذا فى الكفارات؛ لأنها لم تجب بأصل الشرع، وقد حكى ذلك القاضى الحسين قولا فى المنذورات مع قول آخر: أنه إذا أوصى بها تكون من الثلث، وإن لم يوص بها لا تقضى من تركته، وجعل أصل القولين: أن ما يوجبه الإنسان على نفسه، هل يسلك به مسلك إيجاب الشرع، أو مسلك ما تبرع به الإنسان، وطرد القولين فى الكفارات أيضًا.

ومحل ذلك - وفاقًا وخلافًا - إذا كان الإلزام فى الصحة، أما إذا كان فى المرض، فهو محسوب من الثلث قطعًا، صرح به القواريرى فى كتاب الحج، وحكى الحناطى: أن للشافعى قولا كمذهب أبى حنيفة أنه إذا لم يوص بالحج لا يجوز إخراجه من تركته لفقد النية. وقال: إنه فى البسيط.

مسألة: إذا مات من عليه الواجبات ولم يوص بها، فإن كان دينَ الآدمى وجب وفاؤه من تركته، فإن لم يكن له مال فللوارث والأجنبى أن يتبرع بأدائه عنه، وتبرأ ذمة الميت بالقبض.

نعم، إن كان الدافع هو الوارث وجب على رب الدين القبول بخلاف الأجنبى.

قال الإمام فى كتاب القسامة: وغالب ظنى أنى رأيت لبعض الأصحاب خلافًا فى أن الوارث أيضًا إذا لم يخلف من عليه الدين شيئًا، تنزيله منزلة الأجنبى المتبرع بقضاء الدين.

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج (٤/ ٣٥٤)، الفقه الإسلامى وأدلته (٣/ ٤٦٨).

وإن كان ما على الميت حج، فللوارث أن يحج عنه بنفسه، وله أن يأمر أجنبيًّا بذلك. وهل للأجنبى أن يفعل ذلك دون إذنه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الجواز؛ كما لو كان عليه دين فقضاه عنه.

والثانى - وهو قول أبى إسحاق المروزى -: المنع؛ لأن الحج عبادة تفتقر إلى النية، ولا تصح النية إلا باستنابته أو استنابة نائبه.

والزكاة[1] فى هذا المعنى كالحج، سواء فيه زكاة المال والفطر؛ فيجوز للأجنبى إخراجها عنه على الأظهر، وقد حكاه الرويانى فى البحر عن نصه.

مسألة: وقد نص الشافعى - رضى الله عنه - فى الإملاء على أن الصدقة عن الميت تنفعه، ويكون ثوابها للمتصدق عنه، ثم قال: وواسع فى فضل الله أن يكتب المتصدق أيضًا، ولا فرق فى ذلك بين الوارث والأجنبى، وبهذا قال الصيدلانى وغيره.

وكما تجوز الصدقة عن الميت، يجوز الوقف عن الميت، كما صرح به صاحب العدة.

قال الرافعى: وعلى هذا القياس ينبغى جواز التضحية عن الميت؛ فإنها ضرب من الصدقة.

قال: وقد رأيت أبا الحسن العبادى أطلق القول بجواز التضحية عن الغير، وروى فيه حديثًا، لكن فى التهذيب: أنه لا يجوز بغير إذنه وأمره، وكذلك عن الميت إلا أن يكون قد أوصى به.

ولا شك عندنا فى أن الدعاء للميت ينفعه، ويلحقه ثوابه، سواء كان الداعى قريبًا أو غيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾ [الحشر: ١٠]، فأثنى عليهم بدعائهم لهم.

ولا يجوز أن يعتق عنه تطوعًا، ولا ينفعه أن يصلى عنه قضاء أو بغير قضاء، وكذا قراءة القرآن، واستثنى صاحب التلخيص من الصلاة ركعتى الطواف، وقال: يأتى بها الأجير عن المحجوج عنه، ووافقه بعض الأصحاب، وقال تقع عنه تبعًا للطواف.

---

(١) ينظر: العناية بشرح الفتح (١/ ٤٨١)، الدر المختار (٢/ ٢)، مراقى الفلاح ص (١٢١)، كشاف القناع (٢/ ١٩١).

ومنهم من قال: هما يقعان عن الأجير، وتبرأ ذمة المحجوج عنه، كما لو ارتكب محظورًا ولزمه دم أو صوم.

والظاهر الأول.

وأما حج التطوع إذا جوزنا الاستنابة فيه - كما هو الصحيح - فلا يجوز أن يفعل عن الميت بغير إذنه؛ كما صرح به العراقيون.

وفى أمالى أبى الفرج السرخسى: أن للوارث أن يستنيب فيه، وأنه إذا أوصى الميت إلى معين، فعل، ولو استقل به أجنبى، فوجهان، أصحهما: المنع.

وأما ما يعتاد قراءته من القرآن على رأس القبر وعند الموتى؛ قصدًا لرجاء الإجابة - قال فى البحر -: إنه مستحب، وقد سئل القاضى أبو الطيب عمن ختم عند القبر ختمة، وأهداها للميت؟ فقال: الثواب لقارئها، ويكون الميت كأنه حاضرها ترجى له الرحمة(١).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وأما ما تبرع به فى حياته، ينظر فيه:

فإن كان فى حال الصحة - لم يعتبر من الثلث؛ لأنه مطلق التصرف فى ماله لا حق لأحد فى ماله، فاعتبر من رأس المال.

وإن كان ذلك فى مرضٍ غير مخوفٍ - لم يعتبر من الثلث؛ لأن الإنسان لا يخلو من عوارض، فكان حكمه حكم الصحيح.

وإن كان ذلك فى مرضٍ مخوفٍ، واتصل به الموت - اعتبر من الثلث؛ لما روى عمران بن الحصين: أن رجلًا أعتق ستة أعبدٍ له عند موته، لم يكن له مال غيرهم؛ فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال للرجل قولًا شديدًا ثم دعاهم؛ فجزأهم فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة.

ولأنه فى هذه الحالة لا يأمن الموت؛ فجعل كحال الموت.

وإن برئ من المرض - لم يعتبر من الثلث؛ لأنه قد بان أنه لم يكن فى ماله حق أحدٍ.

وإن وهب فى الصحة، وأقبض فى المرض - اعتبر من الثلث؛ لأنه لم يلزم إلا

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

بالقبض، وقد وجد ذلك منه فى المرض.

(فصل) وإن باع فى المرض بثمن المثل أو تزوج امرأةً بمهر المثل - صح العقد، ولم يعتبر العوض من الثلث؛ لأنه ليس بوصيةٍ؛ لأن الوصية أن يخرج مالًا من غير عوضٍ، ولم يخرج ههنا شيئًا من غير عوضٍ.

وإن كاتب عبدًا اعتبر من الثلث؛ لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده، وهو مال له؛ فيصير كالعتق بغير عوضٍ.

وإن وهب له من يعتق عليه فى المرض المخوف فقبله - اعتبر عتقه من الثلث، فإذا مات لم يرثه.

وقال أبو العباس: يعتبر عتقه من رأس المال، ويرثه؛ لأنه ليس بوصيةٍ؛ لأنه لم يخرج من ملكه شيئًا بغير عوضٍ.

والمذهب الأول؛ لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه، والعتق فى المرض وصية، والميراث والوصية لا يجتمعان، فلو ورثناه - بطل عتقه، وإذا بطل العتق؛ بطل الإرث، فأثبتنا العتق، وأبطلنا الإرث.

(الشرح) حديث عمران بن الحصين أخرجه مسلم[1]، وأبو داود[2]، والترمذى[3]، وابن ماجه[4]، وأحمد[5]، والطيالسى[6]، وابن الجارود فى المنتقى[7]، والطحاوى[8]، والبيهقى[9]، من طريق أبى المهلب عن عمران بن حصين - رضى الله عنه - أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثًا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، قال: وقال له رسول الله ﷺ قولاً شديدًا.

---

(١) (٣/ ١٢٨٨) كتاب: الإيمان، باب: من أعتق شركًا له فى عبد، حديث (٥٦/ ١٦٦٨) .
(٢) (٤/ ٢٦٦ - ٢٦٧) كتاب: العتق، باب: فيمن أعتق عبيدًا له، حديث (٣٩٥٨) .
(٣) (٣/ ٦٤٥) كتاب: الأحكام، باب: ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم، حديث (١٣٦٤) .
(٤) (٣/ ٧٨٦) كتاب: الأحكام، باب: القضاء بالقرعة، حديث (٢٣٤٥) .
(٥) (٤/ ٤٢٦) .
(٦) (١/ ٢٨٢، ٢٨٣ - منحة) رقم (١٤٣٤) .
(٧) رقم (٩٤٨) .
(٨) (٤/ ٣٨١) .
(٩) (١٠/ ٢٨٥) كتاب: العتق، باب: عتق العبيد لا يخرجون عن الثلث .

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وأخرجه مسلم(١)، وأبو داود(٢)، وأحمد(٣)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار(٤) من طريق محمد بن سيرين عن عمران بن حصين.

وأخرجه النسائى(٥)، وأحمد(٦)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار(٧)، والحميدى(٨) من طريق الحسن البصرى عن عمران أن رجلًا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبى ﷺ فغضب من ذلك وقال: «لقد هممت ألا أصلى عليه، ثم دعا مملوكيه فجزأهم ثلاثة أجزاء، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة».

وقد روى هذا الحديث عن عمران وسمرة بن جندب أن رجلًا أعتق ستة أعبد له عند الموت لم يكن له مال غيرهم، فأقرع النبى ﷺ فأعتق اثنين وأرق أربعة.

أخرجه الطبرانى فى الكبير والأوسط، وفيه الفيض بن وثيق وهو كذاب. ا هـ.

وفى الباب عن أبى سعيد الخدرى وأبى أمامة:

حديث أبى سعيد:

أخرجه البزار(٩)، وابن عدى فى الكامل(١٠) من طريق يزيد بن هارون: حدثنا حماد بن سلمة عن على بن زيد عن سعيد بن المسيب عن أبى سعيد الخدرى «أن رجلًا فى عهد رسول الله ﷺ أعتق ستة مملوكين لم يكن له مال غيرهم ومات الرجل فبلغ ذلك النبى ﷺ فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة».

قال البزار: رواه غير يزيد عن سعيد بن المسيب مرسلًا، ووصله يزيد مرة ببغداد.

---

(١) (١٢٨٨/٣) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له فى عبد (١٦٦٨/٥٧).
(٢) (٢٦٧/٤) كتاب: العتق، باب: فيمن أعتق عبيدًا له، حديث (٣٩٦١).
(٣) (٤٣٨/٤، ٥٤٥).
(٤) (٣٨١/٤).
(٥) (٦٤/٤) كتاب: الجنائز، باب: الصلاة على من يحيف فى وصيته.
(٦) (٤٢٨/٤، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤٥).
(٧) (٣٨١/٤).
(٨) (٣٦٧/٢) رقم (٨٣٠).
(٩) (١٤٧/٢ - كشف) رقم (١٣٩٦).
(١٠) (١٩٩/٥).

وذكره الهيثمى فى المجمع[١] وقال: رواه البزار، وفيه على بن زيد، وحديثه حسن، وفيه ضعف.

حديث أبى أمامة:

أخرجه الطبرانى فى الأوسط كما فى المجمع[٢] عنه قال: «أعتق رجل فى وصيته ستة أرؤس لم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة».

وقال الهيثمى: وفيه توبة بن نمير ولم أجد من ترجمه، وفيه عبد الله بن صالح كاتب الليث، وقد ضعف ووثق، وبقية رجاله ثقات.

الأحكام: ما تبرع به فى حال حياته: كالهبة - أى: مع الإقباض - والوقف، والعتق، والمحاباة - أى: فى البيع والشراء - والكتابة، وصدقات التطوع -: إن كان قد فعله فى الصحة، لم يعتبر من الثلث؛ لأنه مطلق التصرف فى ماله، لا حق لأحد فيه، واعتبر من رأس المال.

وهكذا الحكم فيما لو قال لعبده: أنت حر قبل مرض موتى بيوم أو شهر، ثم مرض ومات - لم يحسب ذلك من الثلث إذا مات بعد يوم أو شهر، وكذا لو قال: أنت حر قبل موتى بشهر، وقصر مرض موته عن شهر، وإن زاد على شهر فهو كما لو علق عتق عبده بصفة فى حالة الصحة، وحصلت الصفة فى المرض، وفى ذلك قولان مذكوران فى باب التدبير.

ولو كاتب عبده فى الصحة، ثم أبرأه عن النجوم فى مرض الموت، أو أعتقه - فالمعتبر من الثلث أقل الأمرين من نجوم الكتابة وقيمة رقبته[٣].

فرع: وإن تبرع فى حياته بشىء مما مضى وهو مريض، فالمرضى على ثلاثة أضرب:

مريضٌ حكمه حكم الصحيح، ومريض حكمه حكم الميت، ومريض يخاف عليه التلف من مرضه ويرجى برؤه.

فأما الذى حكمه حكم الصحيح فهو: أن يكون به مرض لا يخاف عليه منه

---

(١) (٤/٢١٤).
(٢) (٤/٢١٤).
(٣) ينظر: كفاية النبيه خ.

التلف، مثل: حمى يوم، ووجع الضرس، والصداع، ووجع العين، وما أشبه ذلك - فهذا حكم تصرفه حكم الصحيح؛ لأن هذه الأشياء لا يخاف منها التلف غالبًا، ولا يخلو الإنسان من مثلها. وإن اتصل الموت بهذه الأشياء، صار كمن مات فجأة بلا مرض.

وفى هذا المعنى: المرض الذى لا يرجى برؤه، ولكنه يطول بصاحبه، ولا يعاجله الموت منه: كالسل فى ابتدائه، والفالج إذا طال به، وما أشبه ذلك مما لا يخاف منه معاجلة الموت وإن تحقق أنها لا تزول - فحكمه حكم الصحيح، كتصرف الشيخ الهرم. هذا نقل البغداديين من أصحابنا.

وقال المسعودى: الاعتبار بالمآل لا بالحال، فلو كان مرضًا يسيرًا فمات منه، بان أنا أخطأنا، وأنه مخوف.

وأما المريض الذى حكمه حكم الميت فهو: الميئوس من حياته، مثل: أن يكون فى النزع وقد شخص بصره وابيضت عيناه، أو يكون قد علاه الماء ولا يحسن العوم، أو كان قد قطع حلقه ومريئه، أو خرجت حشوته أو أبينت، أو قطع بنصفين وهو يتكلم - وحكى أبو على بن أبى هريرة: أن رجلا قطع بنصفين فجعل يعاتب من فعل به ذلك - فهذا لا حكم لكلامه فى وصية ولا عقد ولا إسلام ولا توبة.

قال الشيخ أبو حامد: فإن جنى جناية، أو أتلف مالا، لم يلزمه ضمانها، وإن قتله قاتل، لم يجب عليه قود ولا دية ولا كفارة؛ لأنه لم يبق فيه حياة مستقرة، وإنما يتحرك حركة مذبوح، وهذه حالة فرعون التى قال بها: ﴿ءَامَنتُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا ٱلَّذِىٓ ءَامَنَتۡ بِهِۦ بَنُوٓاْ إِسۡرَٰٓءِيلَ وَأَنَا۠ مِنَ ٱلۡمُسۡلِمِينَ﴾ [يونس: ٩٠] فلم يقبل منه، وهى الحالة التى قال الله تعالى فيها: ﴿وَلَيۡسَتِ ٱلتَّوۡبَةُ لِلَّذِينَ يَعۡمَلُونَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ حَتَّىٰٓ إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ ٱلۡمَوۡتُ قَالَ إِنِّى تُبۡتُ ٱلۡـَٰٔنَ﴾ [النساء: ١٨].

وأما الضرب الثالث: فهو المرض الذى يخاف منه التلف غالبًا، وقد يرجى البرء منه، فهذا إذا وصى فيه، صحت وصيته. وإن تصرف فيه، صح تصرفه. وإن أعتق أو وهب وأقبض أو حابى فيه بالبيع والشراء - صح جميع ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠]، ولم يرد به الموت نفسه؛ لأنه لا يمكنه معه الوصية، وإنما أراد به: إذا حضر سبب الموت.

وروى: أن عمر - رضى الله عنه - لما طعن، سقاه الطبيب لبنًا، فخرج من الجرح، فقال: اعهد إلى الناس، فعهد، وأمضت الصحابة عهده.

فإن كان فعله ذلك فى حالة مخوفة: فإن برئ، لزم الكل، وإن مات من مرضه ذلك، اعتبرت تبرعاته فيه مثل العتق والهبة والمحاباة من ثلث تركته؛ لما روى عمران بن الحصين: أن رجلا أعتق فى مرضه الذى مات فيه ستة مملوكين، لا مال له غيرهم، فجزأهم النبى ﷺ ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة.

وروى: أن النبى ﷺ قال: «إِنَّ الله تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ؛ زِيَادَةً فى أَعْمَالِكُمْ».

ولأنه فى تلك الحالة يتخوف الورود على الله، وقد يحمله ذلك الخوف على أن يتصدق بجميع ماله تقربًا إلى الله ويتلفه على الوارث؛ فيُضِرّ به؛ فلذلك قصر تصرفه على ثلث تركته.

فأما إذا أنفق ماله فى لذاته من المطعم والمشرب والملبس، فإنه يكون من أصل ماله وإن استغرق جميع ماله؛ لأن منفعة نفسه مقدمة على منفعة الورثة.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) والمرض المخوف؛ كالطاعون، والقولنج، وذات الجنب، والرعاف الدائم، والإسهال المتواتر، وقيام الدم، والسل فى انتهائه، والفالج الحادث فى ابتدائه، والحمى المطبقة؛ لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معاجلة الموت؛ فجعل كحال الموت.

فأما غير المخوف، فهو كالجرب، ووجع الضرس، والصداع اليسير، وحمى يومٍ أو يومين، وإسهال يومٍ أو يومين من غير دمٍ، والسل قبل انتهائه، والفالج إذا طال - لأن هذه الأمراض يؤمن معها معاجلة الموت، فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض.

وإن أشكل شىء من هذه الأمراض - رجع فيه إلى نفسين من أطباء المسلمين، ولا يقبل فيه قول الكافر.

وإن ضرب الحامل الطلق، فهو مخوف؛ لأنه يخاف منه الموت.

وفيه قول آخر: أنه غير مخوفٍ؛ لأن السلامة منه أكثر.

(فصل) وإن كان فى الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان، أو كان فى البحر

وتموج، أو فى أسر كفارٍ يرون قتل الأسارى أو قدم للقتل فى المحاربة، أو الرجم فى الزنا - ففيه قولان:

أحدهما: أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث؛ لأنه لا يأمن الموت؛ كما لا يأمن فى المرض المخوف.

والثانى: أنه كالصحيح؛ لأنه لم يحدث فى جسمه ما يخاف منه الموت.

فإن قدم لقتل القصاص - فالمنصوص: أنه لا تعتبر عطيته من الثلث، ما لم يجرح.

واختلف أصحابنا فيه على طريقين:

فقال أبو إسحاق: هى على قولين قياسًا على الأسير فى يد كفارٍ يرون قتل الأسارى.

ومن أصحابنا من قال: لا تعتبر عطيته من الثلث؛ لأنه غير مخوفٍ؛ لأن الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا، فصار كالأسير فى يد من لا يرى قتل الأسارى.

(الشرح) قوله: (الطاعون): هو داء ورمى وبائى سببه مكروب يصيب الفئران، وتنقله البراغيث إلى فئران أخرى وإلى الإنسان، وجمعه: طواعين[١].

وقوله: (القولنج)[٢] هو: احتباس الغائط؛ لانسداد المعى المسمى: قولون بالرومية[٣]. وهو فارسى معرب؛ لأن القاف والجيم لا تجتمعان فى كلمة واحدة عربية[٤].

وقوله: (ذات الجنب) داء يقع فى الجنب فَيَرِمُ وينتفخ، ويكون بقرب القلب يؤلم ألمًا شديدًا. ذكره فى البيان.

وقال فى فقه اللغة[٥]: وجع تحت الأضلاع ناخس مع سعال وحمى. وقال فى الشامل: هو: قرح يخرج بباطن الجنب.

---

(١) ينظر: المعجم الوسيط (٢/٥٥٨).
(٢) ينظر: النظم (٢/٩٩).
(٣) ينظر: فقه اللغة (١٤٦).
(٤) ينظر: معجم الألفاظ المولدة فى شفاء الغليل (٤٢٠).
(٥) ينظر: فقه اللغة (١٤٦).

وقوله: (قيام الدم) خروج الدم من الطبيعة وقال فى الشامل: قيام الدم من الحرارة المفرطة.

قوله: (المفرطة)[١] هو أن يجتمع فى عضو.

قال: والطاعون: هيجان الدم من شدة الحرارة أيضًا، إلا أنه فى جميع البدن من شدة الحر وهيجان الدم فى بعضه. وقيل: إن قيام الدم: أن ينصب إلى شىء من بدنه من يد أو رجل فيرم ويحمر.

وقوله: (السل) هو علة يهزل منها الجسم، يأخذ منها سعال.

وقوله: (الفالج) هو علة تأخذ من البرد، يُرعدُ بها الجسد. وقال فى فقه اللغة[٢]: هو ذهاب الحس والحركة عن بعض أعضائه.

وقوله: (الحمى المطبقة) التى تدوم ليلًا ونهارًا، ولا ترتفع؛ مأخوذة من تطابق الشىء على الشىء.

و قوله: (الطلق) هو وجع الولادة.

الأحكام: ذكر الشافعى الأمراض المخوفة وغير المخوفة، فبدأ بذكر الحمى، وهى على ضربين: مطبقة وغير مطبقة.

فأما المطبقة: فإنها لا تكون مخوفة فى يوم ولا يومين. فإذا أعطى فى تلك الحال، لم يعتبر من الثلث؛ لأن العادة ما جرت بأن الإنسان يضعف بحمى يوم ولا يومين، ولا يخاف منه التلف.

فإذا دامت واتصلت، صارت مخوفة، وما أعطاه فى تلك الحال، اعتبر من الثلث؛ لأنه يخاف منها التلف.

وأما غير المطبقة فهى: الغب: التى تجىء يومًا وتذهب يومًا. والربع: وهى التى تجىء يومًا وتذهب يومين، ثم تعود فى اليوم الرابع، فهذه الحمى ليست بمخوفة وإن طالت زمانًا؛ لأنه وإن ضعف فى يوم الحمى، فإنه يقوى فى يوم الصحة؛ فتكون القوة بإزاء الضعف فتتعادلان.

قال الشافعى: فإن كان معها وجع، كان مخوفًا، وذلك مثل البرسام، أو الرعاف

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٠٠).

(٢) ينظر: فقه اللغة (١٤٥).

الدائم أو ذات الجنب أو الخاصرة أو القولنج.

وظاهر هذا: أن هذه الأمراض ليست بمخوفةٍ إلا إذا انضافت إلى حمى الغب أو الربع.

قال أصحابنا: وليس هذا على ظاهره، بل هذه الأمراض مخوفة وإن انفردت، وإنما هى مع الحمى أشد خوفًا، وقد نص على ذلك فى «الأم» ؛ لأن البرسام بخار من الحمى يرتقى إلى الرأس أو الصدر فيختلط معه العقل فيهذى؛ فيكون مخوفًا.

وأما الرعاف: فإن كان يسيرًا لحظة أو ساعة، فليس بمخوف. وإن كان متصلا دائمًا فهو مخوف؛ لأنه ينزف دمه، فهو كما لو افتصد ولم يسده.

وأما ذات الجنب: فهو داء يقع فى الجنب، فيرم وينتفخ وينفذ، ويكون ذلك بقرب القلب، ويؤلم ألمًا شديدًا، وربما انفتح إلى قلبه فمات عقيبه.

وكذلك ذات الخاصرة: جرح يقع فى الخاصرة، فهو مخوف.

وكذلك قروح الصدر والرئة مخوفة؛ لأنه يصعب علاج قروح الصدر، والرئة لا تقبل العلاج؛ لأنها تضطرب أبدًا وتتحرك فلا تقبل العلاج.

والقولنج: هو أن يستمسك طبعه فيحمى جسمه، ويرتفع إلى رأسه بخارات نخمية، فيختلط معها العقل؛ فيهلك.

وأما القيام: فهو إسهال البطن، فإن كان مسترسلا بحيث لا يقدر على حبسه، بل يخرج منه بغير اختياره - فهو مخوف وإن كان قليلا؛ لأن هذا لا يكون إلا بسقوط القوة، ويخشى منه معاجلة الموت.

وإن كان غير مسترسل، ويمكنه إمساك نفسه فيه: فإن كان ذلك يومًا أو يومين، وليس معه دم - فليس بمخوف؛ لأنه لا يخاف منه التلف؛ إذ قد يكون من غير علة، وقد يكون من امتلاء، وإذا كان محتملا، لم يجعل مخوفًا. وإن جاوز يومين، صار مخوفًا؛ لأنه يُنشِّفُ الرطوبة الغريزية؛ فتغلب اليبوسة عليه؛ فتؤدى إلى التلف.

فإن انضاف إلى القيام زحير أو تقطيع، كان مخوفًا بكل حال.

فالزحير: أن يخرج منه الشىء بشدة ومشقة وذلك يهده.

والتقطيع: أن يخرج منه الشىء بعد الشىء متقطعًا بشدة.

وأما إذا كان فى إسهال يوم أو يومين، فقد نقل المزنى: أنه لا يكون مخوفًا، ونقل الربيع: أنه يكون مخوفًا.

واختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهم من قال: الصحيح ما نقله الربيع؛ لأن الدم يخرج من الأعضاء الشريفة: كالكبد والطحال ونحو ذلك، وذلك مخوفٌ.

ومنهم من قال: هي على اختلاف حالين:

فالذي نقله الربيع أراد: إذا كان خروج الدم من الكبد والطحال ونحوهما؛ لأن ذلك عن قروح بها.

والذي نقله المزني أراد: إذا كان خروج الدم من المقعدة - وهو: البواسير - فلا يكون مخوفًا ما لم يتطاول؛ لأنه لا يخاف منه التلف.

فرع: قال الشافعي: ومن ساوره الدم حتى تغير عقله، أو المرار، أو البلغم - كان مخوفًا. وهذا كما قال وإذا ساوره الدم - أي: غلبه وهاج عليه: وهو أن ينصبَّ الدم إلى طرف من بدنه من يد أو رجل أو فخذ أو غيره، فينتفخ ويرم ويحمر - فهو مخوف - قال الشافعي: - تغير عقله أو لم يتغير؛ لأنه لا يكون من فرط الحمى؛ لأنه يذهب بالرطوبة الغريزية؛ فيهلك.

وكذلك إذا ساوره المرارُ - أي: وأتته، وهي الصفراء إذا انصبت إلى موضع من بدنه؛ لأنه يكون من فضل الحمى - فيخاف عليه.

وإن غلب عليه البلغم - وهو من الرطوبة وابتداء الفالج - فهو مخوف أيضًا؛ لأنه أول ما يثور يستمسك لسانه وتسقط قوته، فربما أطفأ الحرارة الغريزية؛ فيهلك. فإذا استقر وانطلق لسانه، صار فالجًا، ولم يكن مخوفًا؛ لأنه لا يخشى منه معاجلة الموت.

وكذلك السل: لا يخاف منه معاجلة الموت، وإن كان يتحقق أنه لا يبرأ منه، كما أن الإنسان إذا كبر وهرم يتحقق أنه لا يعود شابًّا، وأنه يموت عن كبره، وليس بمخوف.

فرع: قال الشافعي: الطاعون مخوف حتى يذهب.

قال الشيخ أبو حامد: أراد: إذا كان بالمرء طاعون، فإنه مخوف حتى يذهب عنه؛ لأنه من غلبة الدم والحمى على جميع بدنه.

وقال المسعودي: إذا حصل ببلد طاعون، فمن كان بذلك البلد، فأمره مخوف، وإن لم يطعن بعد.

وإن أشكل شىء من الأمراض: هل هو مخوف أو غير مخوف؟ رجع فيه إلى أهل الصنعة من أهل الطب، كما يرجع فيما أشكل من الشرع إلى أهل الفقه، ولا يقبل فيه أقل من طبيبين؛ لأن ذلك يحل محل الشهادة. ولا يقبل فيه إلا قول مسلمين عدلين، كما قلنا فى الشهادة.

قال المسعودى: ولا يقبل فيه قول رجل وامرأتين؛ لأن المقصود إثبات المرض لا إثبات المال، وإنما يثبت المال بشهادة رجل وامرأتين.

وأما المجروح فينظر فيه:

فإن كان الجرح نافذًا إلى الدماغ أو البطن، فهو مخوف؛ لما روى: أن عمر - رضى الله عنه - لما طعن، سقاه الطبيب لبنًا، فخرج من جوفه، فقال له: اعهد إلى الناس. ولأن الهواء يدخله، وتهب فيه الريح فتنشف رطوبته.

وإن لم يكن نافذًا، فحكمه وحكم من ضرب بعصا أو خشبة أو حجر - واحد، فينظر فيه: فإن آلمه وحصل منه ورم وجمع مدة، فهو مخوف؛ لأنه قد يسرى.

وإن لم يجمع مِدَّةً، وليس فيه ورمٌ ولا ألم، فليس بمخوف.

فإن أخذت الجراحة فى البرء، قال الشيخ أبو حامد: فقد خرج عن أن يكون مخوفًا.

فرع: وأما الحمل فى المرأة: فليس بمخوف قبل الطلق.

وقال مالك: إذا بلغت المرأة ستة أشهر، صارت مخوفًا عليها؛ فيكون تصرفها فى ثلث تركتها.

وقال ابن المسيب: الحمل مخوف من ابتدائه.

دليلنا: أن الحمل ليس بحال خوف، وإنما هو يقرب إلى حال الخوف؛ فهو كالصحة.

فأما إذا ضرب الحامل الطلق - وهو وجع الولادة - فهو مخوف على المنصوص عليه.

وفيه قول آخر: أنه غير مخوف؛ لأن السلامة منه أكثر، والأول أصح؛ لأن وجع الولادة أشد من المرض المخوف؛ لأن الولد يخرج من الرحم الذى ضيِّقَ رأسه كالإحليل، وربما كان سببًا لتلفها.

قال الشافعى: وكذلك طلق الإسقاط.

قال أصحابنا: إن أسقطته لستة أشهر فأكثر، كان مخوفًا؛ لأن ولادته أشق من ولادة الحي؛ لأن الحي يسهل خروجه للحرارة التي فيه، وهي الحياة. وإذا كان ميتًا، برد وثقل، فعسر خروجه.

وإن ولدته لدون ستة أشهر، فليس بمخوف؛ لأنه مضغة أو شيء لم يتخلق، فهو كقطعة لحم؛ فلا يشق خروجه.

قال الشافعي: فإن انفصل الولد وخرج، فليس ما بعده بمخوفٍ إلا أن يكون هناك جرح وألم فيكون مخوفًا.

فرع: وإن وقع القتال بين طائفتين مسلمتين، أو مسلمة وكافرة، أو كافرتين: فإن كانوا يترامون من بعد - قال الشيخ أبو حامد -: فليس بمخوف؛ لأنه قد يصيب الرمي وقد يخطئ، وليست إصابته بأولى من خطئه.

وإن التحم القتال، واختلط الفريقان: فإن كانت إحدى الطائفتين أكثر عددًا من الأخرى بزيادة كثيرة، فالقليلة مخوف عليها. وإن كانتا متساويتين، فنقل المزني: أنه مخوفٌ عليهما.

وقال في «الإملاء»: تعتبر العطايا من رأس المال.

فالمسألة على قولين:

أحدهما: أنه مخوف عليهما؛ لأنه سبب يخاف منه التلف، فهو كالمرض المخوف.

والثاني: أنه ليس بمخوفٍ عليهما؛ لأنه لم يحدث في الجسم شيء، فهو كالصحيح.

وإن وقع رجل في أسر الكفار: فإن كانوا قومًا لا يرون قتل الأسرى - كالروم - فالأسر معهم ليس بمخوف؛ لأن عادتهم أنهم يحبسون الأسرى ولا يقتلونهم.

وإن كانوا قومًا يرون قتل الأسرى، فنقل المزني: أنه مخوف.

وقال في «الإملاء»: ليس بمخوف.

فالمسألة على قولين وتعليلهما ما مضى.

وإن ركب في البحر، فهبت الرياح وارتفعت الأمواج والتطمت - وإن لم تنكسر السفينة - ففيه قولان، وتعليلهما ما ذكرناه.

وإن كان لمسلم على مسلم قتل قصاصٍ وقدم لقتل القصاص، فنقل المزني: أنه

غير مخوف ما لم يجرح.

واختلف أصحابنا فيها:

فقال أبو إسحاق: هى على قولين كالمسائل الثلاث.

ومنهم من قال: ليس بمخوفٍ قولا واحدًا؛ لأن الله خلق الرحمة والرأفة فى قلب المؤمن، وقد يرقُّ لأخيه المسلم إذا قدر عليه، ويعفو عن القصاص. ولا رحمة فى قلب الكافر على المسلم فيرجى منه ترك القتل. وكذلك فى حال التحام القتال، وارتفاع الأمواج لا يوجد هذا المعنى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن عجز الثلث عن التبرعات - لم يخل إما أن يكون فى التبرعات المنجزة فى المرض، أو فى الوصايا.

فإن كان فى التبرعات المنجزة فى المرض فإن كانت فى وقتٍ واحدٍ - نظرت: فإن كانت هبات أو محاباة - قسم الثلث بين الجميع؛ لتساويهما فى اللزوم.

فإن كانت متفاضلة المقدار - قسم الثلث عليها على التفاضل.

وإن كانت متساويةً، قسم بينها على التساوى؛ كما يفعل فى الديون.

وإن كان عتقًا فى عبيدٍ أقرع بينهم؛ لما ذكرناه من حديث عمران بن الحصين.

ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه.

فإن وقعت متفرقةً، قدم الأول فالأول عتقًا كان أو غيره؛ لأن الأول سبق فاستحق به الثلث - فلم يجز إسقاطه بما بعده.

فإن كان له عبدان: سالم وغانم، فقال لسالمٍ: إن أعتقت غانمًا، فأنت حر، ثم أعتق غانمًا - قدم عتق غانم؛ لأن عتقه سابق.

فإن قال: إن أعتقت غانمًا؛ فأنت حر حال عتق غانمٍ، ثم أعتق غانمًا، فقد قال بعض أصحابنا: يعتق غانم؛ لأن عتقه غير متعلقٍ بعتق غيره، وعتق سالمٍ متعلق بعتق غيره.

فإذا أعتقناهما فى وقتٍ واحدٍ؛ احتجنا أن نقرع بينهما، فربما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم.

وإذا بطل عتقه؛ بطَل عتق سالمٍ، فيؤدى إثباته إلى نفيه فسقط، ويبقى عتق غانمٍ؛ لأنه أصل.

ويحتمل عندى أنه لا يعتق واحد منهما؛ لأنه جعل عتقهما فى وقتٍ واحدٍ، ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه.

ولا يمكن تقديم عتق أحدهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق؛ فوجب أن يسقطا.

وإن كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها - لم يقدم بعضها على بعض بالسبق؛ لأن ما تقدم وما تأخر يلزم فى وقتٍ واحدٍ وهو بعد الموت.

فإن كانت كلها هباتٍ، أو كلها محاباة أو بعضها هبات، وبعضها محاباة - قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت، وعلى التساوى إن تساوت.

وإن كان الجميع عتقًا - أقرع بين العبيد؛ لما ذكرناه فى القسم قبله.

وإن كان بعضها عتقًا، وبعضها محاباة أو هبات - ففيه قولان:

أحدهما: أن الثلث يقسم بين الجميع؛ لأن الجميع يعتبر من الثلث، ويلزم فى وقتٍ واحدٍ.

والثانى: يقدم العتق بما له من القوة.

وإن كان بعضها كتابةً وبعضها هباتٍ - ففيه طريقان:

أحدهما: أنه لا تقدم الكتابة؛ لأنه ليس له قوة وسراية، فلم تقدم؛ كالهبات.

والثانى: أنها على قولين؛ لأنها تتضمن العتق، فكانت كالعتق.

(الشرح) الأحكام: إن عجز الثلث عن التبرعات، فلا تخلو التبرعات: إما أن تكون منجزة أو مؤخرة، أو بعضها منجزًا وبعضها مؤخرًا.

فإن كانت منجزة، مثل: أن باع وحابى، أو وهب وأقبض، أو أعتق عتقًا نافذًا - نظرت: فإن كانت تبرعاته وقعت فى جنس واحد من التصرفات، مثل: المحاباة أو الهبة أو العتق، فإن فعل ذلك متفرقًا، مثل: أن أعتق عبدًا ثم أعتق عبدًا، أو حابى ثم حابى - فإنه يبدأ بالأول فالأول، فإن استوفى الثلث بالأول، لزم، وكان ما عبده موقوفًا على إجازة الورثة. وإن بقى من الثلث شىء بعد الأول، لزم من الثانى بقدر ما بقى من الثلث، وما زاد على الثلث موقوف على إجازة الورثة؛ لأن المريض لا ينفذ تبرعه إلا فى ثلث التركة، وقد سبق الأول؛ فقدم لسبقه؛ فلزم فى حق الورثة.

وإن وقعت تبرعاته فى حالة واحدة، نظرت: فإن كان عتقًا؛ بأن قال لجماعة عبيد: أعتقتكم - أقرع بينهم، ويعتق منهم قدر ثلث التركة؛ لما روى عمران بن

الحصين: أن رجلا أعتق في مرض موته ستة مملوكين له، فأقرع النبي ﷺ بينهم بعد موته، فأعتق اثنين وأرق أربعة[1].

وإن كانت تبرعاته محاباة أو هبة؛ بأن باع جماعة بكلمة واحدة وحاباهم، أو وهبهم وأقبضهم في حالة واحدة، أو وكل من فعل ذلك عنه، ووقع ذلك في حالة واحدة - قسط الثلث بينهم على قدر محاباتهم.

والفرق بين العتق وغيره من التبرعات: أن القصد من العتق تكميل الأحكام، ولا يحصل ذلك إلا بعتق جميع الرقبة، والقصد من غير العتق الملك للموصى له، وذلك يحصل وإن ملك الموصى له بعض ما وصى له به.

وإن كانت تبرعاته في أجناس من التصرفات، مثل أن أعتق، وباع وحابى، ووهب وأقبض -: فإن وقع ذلك في حالةٍ واحدةٍ، مثل أن وكل من يبيع من رجل بيعًا فيه محاباة، ووكل آخر يهب من رجل عينًا ويقبضه، وأعتق هو أو وكيله عبدًا، ووقعت هذه التصرفات في حالة واحدة، ولم يحتمل الثلث جميعها - قسط الثلث بين الجميع على التساوي إن تساوت عطاياهم، وعلى التفاضل إن تفاضلت؛ لأنه لا مزية لبعضهم على بعض في السبق. وإن وقعت هذه التصرفات متفرقة، قدم الأول فالأول، على ما ذكرناه في الجنس الواحد.

وقال أبو حنيفة: إن حابى أولا ثم أعتق، قدمت المحاباة. وإن أعتق أولا ثم حابى، سوى بينهما؛ لأن العتق حق لله تعالى، والمحاباة حق للآدمي؛ فلم يقدم حق الله، كما لو أعتق المريض عبدًا ثم أقرّ بدين لآدمي، فإن الدين مقدم.

ودليلنا: أنهما عطيتان منجزتان، لو انفردت كل واحدة للزمت، فإذا اجتمعتا ولم يحتملهما الثلث، قدمت الأولى منهما، كما لو حابى أولا، ثم أعتق.

فقولنا: «منجزتان» احتراز مما لو كانتا مؤخرتين، أو إحداهما منجزة والأخرى مؤخرة.

وقولنا: «لو انفردت كل واحدة للزمت» احتراز من البيع الفاسد.

وما ذكروه من الإقرار بالدين بعد العتق، فإن الدين لم يجب بالإقرار، وإنما وجوبه متقدم على العتق؛ فلذلك قدم على العتق.

---

(١) تقدم .

وإن كانت التبرعات مؤخرة - وهو ما يوصى أن يفعل عنه بعد موته، من عتق وكتابةٍ ومحاباةٍ وهبة وصدقة وما أشبه ذلك - نظرت:

فإن كانت وصاياه بجنس واحد، ولم يحتملها الثلث: فإن كانت عتقًا، أقرع بين الجميع؛ لأن القصد تكميل الأحكام بالعتق، وذلك لا يحصل إلا بعتق جميع الرقبة.

وإن كانت محاباة أو هبة أو صدقة، قسم الثلث بين الجميع، سواء وقعت متفرقة أو فى وقت واحدٍ؛ لتساوى الجميع فى وقت اللزوم، وهو عند الموت.

وإن كانت وصاياه بأجناسٍ، فإن لم يكن معها عتق، قسم الثلث بين الجميع؛ لما ذكرناه. وإن كان معها عتق؛ بأن أوصى بمحاباة وهبة وعتق، ففيه قولان:

أحدهما: يقسط الثلث بين الجميع بالحصص؛ لتساوى الجميع فى وقت اللزوم.

والثانى: يقدم العتق على غيره؛ لأن له مزية فى السراية.

وإن أوصى بمحاباة وهبة وتفرقة شىء من ماله على المساكين، وعجز الثلث عن جميع ذلك:

فقال البغداديون من أصحابنا: يقسط الثلث بين الجميع على الحصص قولا واحدًا؛ لأنه لا مزية لبعضها على بعض.

وقال المسعودى: وهل تقدم الوصية للمساكين على غيرها؟ فيه قولان؛ كالعتق مع غيره، والأول أصح؛ لأن العتق له مزية بالسراية، وهذا لا يوجد فى الوصية للمساكين.

وإن كانت الوصية بمحاباة وهبة وكتابة، فاختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: هل تقدم الكتابة على غيرها؟ فيه قولان؛ لما فى الكتابة من العتق.

ومنهم من قال: لا تقدم الكتابة قولا واحدًا؛ لأنه لا سراية للكتابة.

وإن كان بعض التبرعات منجزة وبعضها مؤخرة، قدمت المنجزة، سواء تقدمت أو تأخرت، عتقًا كانت أو غيره؛ لأنها أقوى؛ بدليل أن الكل يلزم فى حق المتصرف ولو لم يمت فى مرضه ذلك، والمؤخرة لا تلزم فى حياته بحالٍ.

وقال أبو حنيفة: إذا أعتق عبدًا فى مرضه، ثم أوصى بعتق آخر، ولم يحتملهما الثلث - سوى بينهما.

دليلنا: أنهما عطيتان، إحداهما منجزة والأخرى مؤخرة، فقدمت المنجزة، كما لو باع وحابى، ثم أوصى بعتق عبد.

فرع: إذا كان له عبدان - سالم وغانم - فقال فى مرض موته: إذا أعتقت سالمًا، فغانم حرٌ، فأعتق سالمًا، فإن احتملهما الثلث، عتق سالمٌ بالمباشرة، وعتق غانم بالصفة. وإن لم يحتملهما الثلث، عتق سالم؛ لأنه سابق، ولم يعتق غانم؛ لأن عتقه متأخر.

وإن قال: إذا أعتقت سالمًا، فغانم حرٌ حال عتق سالمٍ، فأعتق سالمًا واحتملهما الثلث - فاختلف أصحابنا فيها:

فقال القاضى أبو الطيب: يعتق سالم ولا يعتق غانم؛ لأن إعتاق سالمٍ شرط لإعتاق غانم، والمشروط لا يصح وقوعه مع الشرط ولا قبله.

وقال أكثر أصحابنا: يعتقان معًا؛ لأنه جعل حال عتق سالمٍ صفة لعتق غانم، وتأخر حرفٍ من لفظ عتق سالمٍ يعلمُ بوجود الشرط، فوقع المشروط.

فإذا قلنا بهذا: ولم يحتملهما الثلث، ففيه وجهان:

قال أبو العباس بن سريج، والشيخ أبو حامد، وأكثر أصحابنا: يعتق سالم ولا يعتق غانم؛ لأن عتقهما وقع فى حالة واحدة، ولا يمكن الإقراع بينهما؛ لأنا لو أقرعنا بينهما، لم يؤمن أن تخرج قرعة العتق على غانم فيرق سالمٌ. وإذا رق سالمٌ، لم يعتق غانم؛ فيؤدى إثبات عتق غانم إلى نفيه، وما أدى إثباته إلى نفيه، سقط إثباته.

قال المصنف: لا يعتق واحد منهما؛ لأن الإقراع بينهما لا يمكن؛ لما ذكرناه، ولا يمكن تقديم عتق سالم؛ لأن عتقهما وقع فى حالة واحدة، ولا مزية لأحدهما على الآخر؛ فسقط عتقهما.

قال الشيخ أبو حامد: وإن قال لغانم: إذا أعتقت سالمًا، فأنت حر قبله، ثم أعتق سالمًا فى مرض موته - فإن خرجا من الثلث، عتقا، وتبينا أن عتق غانم قبل سالم. وإن لم يحتملهما الثلث، عتق سالمٌ دون غانم؛ لما ذكرناه.

وعلى قول المصنف فى التى قبلها: لا يعتق هاهنا واحدٌ منهما؛ لأن عتق سالم شرط لعتق غانم، فإذا لم يعتق عبده فى الأولى - وعِتْقُهُ وعتق غانم يقع فى حالةٍ واحدة - فَلَأَلَّا يعتق عبده هاهنا - وعتق غانم قبله - أولى.

وكذلك على قول القاضى أبى الطيب فى التى قبلها: لا يعتق غانم وإن احتملهما الثلث؛ لأن المشروط لا يتقدم على الشرط. والأول هو المشهور.

فإن كان له ثلاثة أعبد - سالم وغانم وفائق - فقال فى مرض موته: إذا أعتقت سالمًا، فغانم وفائق حران، ثم أعتق سالمًا - فإن احتمل الثلث عتق جميعهم، عتقوا. وإن احتمل الثلث عتق أحدهم لا غير عتق سالم؛ لأن عتقه سابق. وإن احتمل الثلث عتق سالم وعتق أحد الآخَريْن عتق سالمٌ، وأقرع بين غانم وفائق؛ لأن عتقهما وقع فى حالة واحدة.

وإن قال لغانم وفائق فى مرض موته: أنتما حران حال عتق سالم، ثم أعتق سالمًا، واحتمل الثلث عتق جميعهم - فعلى قول القاضى أبى الطيب فى التى قبلها، يعتق سالمٌ ولا يعتق غانم وفائق. وعلى قول عامة أصحابنا، يعتق جميعهم.

فإذا قلنا بهذا، ولم يحتمل الثلث إلا عتق واحد، فعلى قول المصنف فى التى قبلها لا يعتق واحد من الثلاثة. وعلى قول عامة أصحابنا يعتق سالم ولا يعتق غانم وفائق.

فإذا قلنا بهذا، واحتمل الثلث عتق اثنين، عتق سالم؛ لأن عتقه متقدم، وأقرع بين غانم وفائق؛ لأن عتقهما فى حالة واحدة.

فَرع: قال أبو العباس: إذا قال الرجل لعبده فى مرض موته: إذا تزوجت، فأنت حر، فتزوج امرأة بمهر مثلها - اعتبر المهر من رأس المال، وعتق العبد من الثلث لوجود الصفة، وإن تزوجها بأكثر من مهر مثلها، كان قدر مهر مثلها من رأس المال.

وأما الزيادة على مهر مثلها: فإن كانت وارثة له، لم تستحقها؛ لأن المحاباة وصية، والوصية لا تصح للوارث. ويعتق العبد من الثلث.

وإن كانت غير وارثة، بأن كانت ذمية وهو مسلم، أو أبانها قبل موته، وقلنا: لا ترثه - صحت لها المحاباة من الثلث. فإن احتمل الثلث المحاباة وعِتْق العبد، نفذا. وإن لم يحتملهما الثلث، قدمت المحاباة؛ لأنها سابقة؛ لأنها تثبت بنفس العقد، والعتق يقع بعد العقد.

وإن قال لعبده فى مرض موته: إذا تزوجت، فأنت حر حال تزويجى، ثم تزوج امرأة بمهر مثلها، اعتبر مثل المثل من رأس المال وعتق العبد من الثلث.

وإن تزوجها بأكثر من مهر مثلها: فإن كانت وارثة، لم تستحق الزيادة، وعتق

العبد من الثلث. وإن كانت غير وارثة، استحقت المحاباة، فإن احتمل الثلث المحاباة والعتق، نفذ الجميع. وإن لم يحتملهما، قسم الثلث بين المحاباة والعتق على قدرهما؛ لأنهما وقعا فى حالة واحدة.

والفرق بين هذه وبين العتق: أن الصفة هاهنا هى التزويج، والتزويج لا يبطل بانتقاض المحاباة.

فرع: قال أبو العباس: إذا قال فى مرض موته لعبده غانم: إذا اشتريت سالمًا، فأنت حر فى حال شرائى له، ثم اشتراه وحابى فيه، ولم يحتمل الثلث المحاباة والعتق، قسم الثلث بين المحاباة والعتق على قدرهما؛ لأن الشراء يتم فى جميع سالم وإن لم يتم لبائعه جميع المحاباة، فصفة العتق توجد.

وإن قال لغانم فى مرض موته: إذا بعت سالمًا، فأنت حر فى حال بيعى له، فباع سالمًا وحابى فيه، ولم يحتملهما الثلث - قدمت المحاباة؛ لأن البيع لا يتم فى جميع سالم إلا بأن تحصل جميع المحاباة للمشترى، وإذا لم يتم البيع فى جميع سالم لم توجد صفة عتق غانم، وهذا ظاهر كلام الشافعى، وبه قال ابن الحداد.

وقال ابن القاص وابن اللبان: تقدم المحاباة فيهما؛ لأن الثمن يقابل جميع العبد، فإذا سقط بعض الثمن، بطل البيع فيما يقابله من العبد؛ فلا توجد صفة العتق، وقد مضى ذلك فى البيوع.

إذا ثبت هذا: فكل موضع قلنا فيه: يقرع بين العبيد للعتق، فإنهم إن زادوا على اثنين جُزئوا ثلاثة أجزاء، ولا يخلو أمرهم من ست أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون عددهم وقيمتهم متساوية، فإن كانوا ستة - مثلا - فنجعل كل اثنين جزءًا، وعلى هذه الحالة حمل ما فعله رسول الله ﷺ؛ لأن عبيد الحجاز متقاربى القيمة؛ لأنهم من الزنج والحبش.

الحالة الثانية: أن تختلف قيمتهم، ويمكن مع ذلك التجزئة بالعدد المتساوى، مع التساوى فى القيمة، فإن كانوا ستة، وكانت قيمة اثنين أربعمائة على السواء، وقيمة اثنين على السواء مائتان - فنجعل الأولين جزءًا وواحدًا من الأخيرين مع واحد من المتوسطين جزءًا والباقين جزءًا[1].

---

(١) ينظر: حاشيتى قليوبى وعميرة (٣/ ٣٥٥، ٣٥٦).

الحالة الثالثة: إذا لم يمكن التجزئة بالعدد؛ لأجل الاختلاف فى القيمة، وأمكن التعديل بالقيمة، مثل أن كانت قيمة أحدهم مائة، وقيمة اثنين مائة، وقيمة ثلاثة مائة - فنجعل الأول جزءًا، والاثنين جزءا، والثلاثة جزءا، ويعتق من الأجزاء من خرج سهم الحرية عليه.

وقال بعض أصحابنا: نجزِّئ على العدد دون القيمة، فنجعل اللذين قيمتهما مائة سهمًا، ويضم أحد العبيد الثلاثة الذين قيمتهم مائة إلى العبد الذى قيمته مائة ويجعل سهمًا، ويكون قيمة ذلك مائة وثُلُثَ مائة، ونجعل الباقين سهمًا وقيمتُهما ثلثا المائة، فإن خرج سهم العتق على اللذين قيمتهما مائة عتقا، وإن خرج على اللذين قيمتهما مائة وثلث مائة، رق الأربعة الباقون، وأقرع بين من خرج عليهما سهم الحرية، فإن خرج سهم الحرية للذى قيمته مائة، عتق خاصة، وإن خرج على الآخر عتق كله ومن الآخر ثلثاه. قال فى البحر: وهذا غير مرضى.

الحالة الرابعة: أن تختلف قيمتهم، وليس لها ثلث صحيح، والعدد ثلث صحيح كما فرضناه، وذلك بأن يكون قيمة أحدهم مائة، وقيمة اثنين خمسين، وقيمة ثلاثة خمسين، فنجعل الواحد جزءا، والاثنين جزءا، والثلاثة جزءا، فإن خرج سهم الحرية على الواحد، عتق ثلثاه، ورق ثلثه والأعبد الخمسة، وإن خرج على الاثنين أو الثلاثة، عتقوا، ثم أقرع بين الواحد وبين الحزب الآخر، فإن خرج على الواحد عتق منه سدسه، ورق باقيه مع الحزب الآخر، وإن خرج على الحزب الآخر، فإن كان حزب الثلاثة أقرع بينهم فمن خرج عليه سهم العتق عتق بجملته، ورق رفيقاه مع العبد الواحد، وإن كان حزب الاثنين أقرع بينهما فمن خرج عليه سهم الحرية عتق منه ثلثاه، ورق ثلثه وجميع رفيقه والعبد الواحد.

الحالة الخامسة: أن تختلف قيمتهم، ولا توافق عددهم، ويمكن التعديل بينهم، مثل: أن كان العبيد ثمانية: قيمة واحد مائة، وقيمة ثلاثة مائة، وقيمة أربعة مائة - فيجزءون على القيمة دون العدد وجهًا واحدًا؛ لأن العدد لما لم يوافق سقط اعتباره؛ فتعين الآخر.

الحالة السادسة: ألا يكون للعبيد ثلث صحيح، والقيمة مختلفة، وليس لها ثلث صحيح، كما إذا كان العبيد ثمانية، وقيمتهم سواء - ففيهم قولان:

أحدهما: يجعلون أربعة أسهم، ثم يقرع بينهم، فأى حزب خرج عليه عتق، ثم

يجزأ الباقون ثلاثة أجزاء، ويقرع بينهم، فإذا خرج سهم الحرية على حزب عتق منه تتمة الثلث - وهو ثلثا عبد - ثم يقرع بين العبدين اللذين خرج سهم الحرية عليهما أجزاء فأيهما خرج عليه سهم الحرية عتق منه ثلثان ورق ثلثه. ولو كانوا سبعة، قال الشافعى - رضى الله عنه - جعلتهم سبعة أجزاء، ثم أقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق جزئ الباقى ثلاثة أجزاء فمن خرج عليهما سهم العتق منهم، أقرع بينهما فمن خرج عليه سهم الحرية عتق، وعتق من صاحبه ثلثه ورق الباقى.

والقول الثانى: أنا نجزئهم ثلاثة أجزاء، ففى الثمانية: نجعل ثلاثة جزءًا، وثلاثة جزءًا وفى اثنين جزءًا وفى السبعة: نجعل ثلاثة جزءا، واثنين جزءا، واثنين جزءا، فإن خرج سهم الحرية على الأقل، عتق من فيه، ثم أقرع بين الجزئين فإن خرج سهم الحرية على حزب آخر، أقرع بين من فيه، فمن خرج عليه سهم الحرية عتق ثلثاه ورق الثلث وباقى العبيد. وإن خرج سهم الحرية ابتداء على الحزب الأكبر، أقرع بين من فيه.

قال الشافعى[1] - رضى الله عنه -: وهذا القول أصح وأشبه بمعنى السنة؛ لأن النبى ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء، ولا يجوز عندى أبدًا أن يقرع بين الرقيق قلوا أو كثروا إلا على ثلاثة، اختلفت قيمتهم أو لم تختلف.

قال الأصحاب: ولو كانوا أربعة يجب أن يكون فى كيفيتها قولان:

أحدهما: يجزءون ثلاثة أجزاء وهو الصحيح.

والثانى: يجزءون جزئين، كما قال فى ثمانية أربعة أجزاء.

قال القاضى أبو الطيب: وهذا البسط يرجع إلى اختصار، وهو أن الاثنين يجعلان جزأين، والثلاثة ثلاثة أجزاء، والأربعة فصاعدا إن أمكن تعديل الأجزاء بالقيمة؛ حتى يكون كل جزء ثلث المال جعل أيضًا ثلاثة، وإن لم يمكن ذلك؛ لأنه لا ثلث صحيح لقيمهم ولا لعددهم - فالمذهب الصحيح أنهم يجزءون ثلاثة أجزاء ويقرع بينهم حتى يستوفى الثلث.

مسألة: قال فى البحر: لو كان فى العبيد أخوان أو أب وابن، كان الجمع بينهما أولى من التفرقة، ولو كان فيهم أم وابن بالغ فإن فرق بينهما جاز، وإن كان فيهم أم

---

(١) ينظر: الأم (٤/ ٢٤، ٢٥).

وابن صغير، فلا يجوز أن يفرق بينهم؛ للنهى عنه[١].

وفيه نظر؛ لما ثبت أن التفرقة بالحرية غير داخلة تحت التحريم.

ولو كان فيهم زوجان، فهل تجوز التفرقة؟ فيه وجهان، وجه المنع: أن هذا يفضى إلى فسخ النكاح. وكل هذا إذا أمكن الجمع.

مسألة: لو أعتق فى مرض موته عبدًا قيمته مائة لا مال له غيره، ومات العبد فى حياة سيده - ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو اختيار ابن سريج، كما حكاه فى الحاوى، وقال الرافعى حكاية عن الشيخ أبى منصور: إنه المشهور من المذهب -: أنه مات حرًّا وكسبه لورثته.

والثانى: بطل العتق ومات عبدًا، وانتقل كسبه إلى سيده بالملك؛ لأن العتق فى مرض الموت وصية، والوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصى.

قال الرافعى: وهذا من تخريج ابن سريج[٢].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى أن يحج عنه حجة الإسلام من الثلث، أو يقضى دينه من الثلث، ووصى معها بتبرعاتٍ - ففيه وجهان:

أحدهما: يقسط الثلث على الجميع؛ لأن الجميع يعتبر من الثلث.

فإن كان ما يخص الحج أو الدين من الثلث لا يكفى - تمم من رأس المال؛ لأنه فى الأصل من رأس المال، وإنما اعتبر من الثلث بالوصية، فإذا عجز عنه - وجب أن يتمم من أصل المال.

والثانى: يقدم الحج والدين؛ لأنه واجب ثم يصرف ما فضل فى الوصايا.

(الشرح) الأحكام: إذا أوصى أن يقضى دينه أو يحج عنه حجة الإسلام من الثلث، وأوصى بتبرعات ولم يحتملها الثلث - ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم الدين أو الحج فى الثلث، فإن فضل من الثلث شىء بعد ذلك، صرف إلى وصايا التبرعات. وإن لم يفضل شىء، سقطت الوصايا بالتبرعات؛ لأن الدين أو الوصية بحجة الإسلام فرض، والتبرعات تطوع، والفرض آكد؛ فقدم.

---

(١) ينظر: نيل الأوطار (٥/ ١٦١).

(٢) ينظر: كفاية النبيه خ.

والوجه الثانى: يقسط الثلث على قدر الدين وقدر الوصية بالتبرع، أو على قدر أجرة المثل وقدر الوصية بالتبرع، ثم يتمم الدين أو أجرة المثل من رأس المال؛ لأن الدين وأجرة المثل على حجة الإسلام من رأس المال، فإذا جعلهما من الثلث، فقد قصد الرفق بالورثة، فقسط الثلث على الجميع، وتمم الواجب من رأس المال؛ لأنه لا بد من تمامه.

فعلى هذا: إذا كان عليه أربعون درهمًا دينًا، وأوصى أن يقضى ذلك من ثلثه، وأوصى لآخر بثلث ماله، ومات، وخلف مائة وعشرين درهمًا، ولم يجز الورثة - فالعمل فيه: أنك تعزل أربعين درهمًا لصاحب الدين، فله منها سهم وصية، والباقى تمام دينه من رأس المال، ويبقى للورثة وللموصى له بالثلث ثمانون درهمًا، للموصى له منها سهم وصية، وللورثة أربعة أسهم مثلا السهمين الموصى بهما. فإذا قسمت الثمانين على الخمسة الأسهم، أصاب كل سهم ستة عشر؛ فيعلم أن سهم الوصية من الأربعين ستة عشر، فتضم إلى الثمانين؛ فيكون الجميع ستة وتسعين، ثلث ذلك اثنان وثلاثون: لصاحب الدين ستة عشر، وللموصى ستة عشر، وما زاد على ستة وتسعين - وهو: أربعة وعشرون - تمام الدين.

فإن كانت المسألة بحالها، وأوصى لرجل بثلث ماله، وعليه دين أربعون درهمًا، وأوصى أن يُقضى ذلك من ثلثه، وأوصى أن يحج عنه حجة الإسلام من ثلثه، ولم يوجد من يحج عنه من الميقات إلا بأربعين، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث - فإنك تعزل لصاحب الدين أربعين: له منها سهم وصية، والباقى تمام دينه من رأس المال. وتعزل للحج أربعين: يخرج منها سهم وصية، والباقى منها تمام أجرة المثل من رأس المال، ويبقى للورثة وللموصى له بالثلث أربعون: للموصى له منها سهم وصية وللورثة ستة أسهم مثلا أسهم الوصية. فإذا قسمت الأربعون على سبعة أسهم، أصاب كل سهم خمسة دراهم وخمسة أسباع درهم؛ فيعلم أن السهم الموصى به من الأربعين التى للدين مثل ذلك، ومن الأربعين التى للحج مثل ذلك، وما زاد على السهمين تمام للدين والأجرة. فإذا أضفت السهمين إلى الأربعين التى للموصى له وللورثة، كان جميع ذلك أحدًا وخمسين درهمًا وثلاثة أسباع درهم، الثلث من ذلك سبعة عشر درهمًا وسبع درهم بينهم أثلاثًا؛ لتساوى وصاياهم؛ فيحصل لكل واحد خمسة دراهم وخمسة أسباع درهم. والثلثان أربعة وثلاثون

درهمًا وسبعا درهم، وما زاد على أحد وخمسين وثلاثة أسباع درهم تمام الدين، والأجرة بينهما نصفان؛ لتساوى حقيهما. وإن تفاضلت الحقوق، كانت القسمة على التفاضل على هذا العمل.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى لرجل بمالٍ، وله مال حاضر ومال غائب، أو له عين ودين - دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر، وثلث العين، وإلى الورثة الثلثان.

وكل ما حضر من الغائب أو نض من الدين شيء قسم بين الورثة والموصى له؛ لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك فى المال.

وإن وصى لرجلٍ بمائة دينارٍ، وله مائة حاضرة، وله ألف غائبة - فللموصى له ثلث الحاضرة، ويوقف الثلثان؛ لأن الموصى له شريك الوارث فى المال، فصار كالشريك فى المال.

وإن أراد الموصى له التصرف فى ثلث المائة الحاضرة - ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن الوصية فى ثلث الحاضرة ماضية فمكن من التصرف فيه.

والثانى: لا يجوز؛ لأنا منعنا الورثة من التصرف فى الثلثين الموقوفين، فوجب أن نمنع الموصى له من التصرف فى ثلث المال.

وإن دبر عبدًا قيمته مائة، وله مائتان غائبة - ففيه وجهان:

أحدهما: يعتق ثلث العبد؛ لأن عتق ثلثه مستحق بكل حالٍ.

والثانى - وهو ظاهر المذهب -: أنه لا يعتق؛ لأنا لو أعتقنا الثلث، حصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثلاه، وهذا لا يجوز.

(الشرح) الأحكام: إن كان له مال حاضر ومال غائب، أو عين ودين، دفع إلى الموصى له - أى: بالثلث مطلقًا - ثلث الحاضر وثلث العين، وللورثة من ذلك ثلثاه، وكلما نض من الدين شىء أو حضر من الغائب شَىء قسم بين الورثة والمُوصَى له؛ لأن الموصى له شريك الوارث بالثلث؛ فكان كسائر الشركاء.

وعلى هذا إذا كان قد أوصى بعين حاضرة، وماله غائب أو دين، لا نسلم العين إلى الموصى له، بل كلما حضر من الغائب شىء أو نض من الدين شىء، سلم إلى الموصى له بقدر حصته من العين إلى أن تستكمل.

وهذا فيما عدا الثلث من العين، أما ثلث العين، فهل يسلم له فى الحال أو حتى

يحضر من المال قدره مرتين؟ فيه وجهان:

وجه المنع - وهو الأصح فى الرافعى -: أنا لو دفعنا له ذلك، لاحتجنا إلى تسليم ثلثيها إلى الورثة حتى يتصرفوا فيهما، كما يتصرف الموصى له فى ثلثها، وفى ذلك إبطال لحقه.

والثانى: يجوز، ويجوز للورثة التصرف فى الثلثين - قال أبو الفرج السرخسى فى أماليه: فإذا تصرف الورثة، ثم بان هلاك المال الغائب، تبينا نفاذ تصرفهم.

قال الرافعى: فلك أن تقول: وجب أن يخرج ذلك على وقف العقود، ولو سلم وعاد إليهم، فهل نتبين بطلان التصرف أم لا، ويغرمون للموصى له قيمة الثلثين؟ فيه وجهان، أضعفهما الثانى.

وعلى الخلاف فى الأصل يخرج ما لو أوصى بعتق عبد لا مال له حاضر سواه، وله مال غائب يخرج العبد من ثلثه - قال الماوردى: فالثلث محكوم بعتقه، ويوقف ثلثاه، لكن هل يمكن الورثة فى حال الوقف من استخدام الثلثين، والتصرف فى منفعتهما أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وهو على قولنا: يجوز للموصى له بالعين التصرف فى ثلثها؛ طلبًا للتسوية.

والثانى: يمنعون من ذلك؛ كما يمنعون من التصرف بالبيع؛ وهذا على قولنا: لا يجوز للموصى له بالعين التصرف فيها.

ولو كان السيد قد نجز عتقه فى مرض الموت، فالحكم كذلك، لكن فى الحاوى فى كتاب العتق: أنه إذا حضر المال الغائب، وتسلمه الورثة - تبينا عتق باقيه، وهل يرجع العبد على الورثة بما بقى من ثلثى كسبه عن نفقة ثلثيه؟ فيه وجهان.

وحكى أن الورثة لو أعتقوا الثلثين، لم ينفذ وإن ملكوه؛ لأنه موقوف على عتق مورثهم؛ فلم ينفذ فيه عتق غيره إلا بعد إبطال عتقه.

ولو دبروه، ففيه وجهان: أحدهما: أنه باطل كالعتق. والثانى: أنه جائز؛ لتأخر العتق وتغليب حكم الرق عليه[1].

فرع: إذا كان لرجل ثلاثون درهمًا عينًا، وثلاثون درهمًا دينًا على معسر، فأوصى

(١) ينظر: كفاية النبيه خ.

بثلث العين لرجل، وأوصى بالدين لمن عليه ومات، ولم يجز الورثة - فإن الثلث يقسم بين الموصى لهما على أربعة أسهم، لمن عليه الدين ثلاثة، وللآخر سهم، ويسقط ممن عليه الدين خمسة عشر درهمًا، ويضم سهم الموصى له بثلث العين إلى سهام الورثة - وهى: ثمانية، مثلا سهام الوصية - فتقسم الثلاثون التى هى عين - على تسعة: للموصى له سهم - وهو: ثلاثة دراهم وثلث درهم - وللورثة ستة وعشرون درهمًا وثلثا درهم. وكلما نضّ من الخمسة عشر التى بقيت على الغريم شىء، كان للموصى له بثلث العين قدر تسعه يأخذه من الثلاثين التى كانت عينًا - إن كانت باقية - أو من بدلها - إن كانت تالفة - وللورثة ثمانية أتساعه. فإذا نضت الخمسة عشر كلها، كان للموصى له بثلث العين قدر تسعها وهو درهم وثلثا درهم يأخذه من العين، أو من بدلها.

فإن أوصى لرجل بثلث الدين، ولمن عليه الدين بجميع ما عليه، ولم يجز الورثة، كانت الثلاثون - التى هى عين - للورثة، ويقسم الثلث على أربعة أسهم: لمن عليه الدين ثلاثة أسهم - وهو: خمسة عشر درهمًا - تسقط عن ذمته، ويبقى عليه خمسة عشر، وكلما نض منها شىء، اقتسمه الورثة والموصى له بالثلث على ثلاثة أسهم: للورثة سهمان، وللموصى له سهم.

فإن أوصى لرجل بثلث ماله، وللغريم بما عليه، ومات، ولم يجز الورثة - قسم الثلث على خمسة: للغريم ثلاثة أخماسه - وهو: اثنا عشر درهمًا - فيسقط عنه، وللموصى له بالثلث سهمان، يضمهما إلى سهام الورثة - وهى: عشرة - فتقسم الثلاثون التى هى عين - على اثنى عشر: للورثة عشرة، وللموصى له سهمان، وكلما نض من الثمانية عشر الباقية على الغريم شىء، قسم بين الورثة والموصى له بالثلث على اثنى عشر.

فرع: وإذا كان لرجل عشرة دراهم عينًا، وعشرة دراهم دينًا على ابنه، ولا وارث له غيره، ولا يملك غير ذلك، وأوصى بثلث ماله لرجل، ومات والابن معسر - فللموصى له ثلثا العشرة العينِ: ثلثها بالوصية، وثلثها قضاء ما له على الابن.

فإن كان الابن قد حجر عليه لغرمائه، ففيه وجهان، حكاهما ابن اللبان:

أحدهما: أن الموصى له أَحَقُّ بثلثى العشرة، كالأُولى.

والثاني: أنه يأخذ ثلث العشرة بالوصية، ويُقسم ثلثاها بينه وبين غرماء الابن على

قدر ديونهم.

فإن كانت الوصية بثلثى العين، كان للموصى له ثلثا العشرة العين، وللابن ثلثها ويبرأ مما عليه؛ لأنه كالقابض لثلثى المال.

فإن كان محجورًا عليه لغرمائه، لم يحاصُّوا الموصى له فى ثلثى العشرة وجهًا واحدًا؛ لأنه يأخذ ذلك بحق الوصية.

وإن ترك ابنين، وعشرة عينًا وَعَشَرَةً دينًا على أحدهما، وهو معسر - أخذ الابن الآخر العشرة العين: نصفها ميراثًا له، ونصفها اقتضاء عما له على أخيه.

وإن كان من عليه الدين محجورًا عليه لدين عليه، فهل يختص الأخ بهذه العشرة، أو يقاسم غرماء أخيه فى نصفه؟ على الوجهين.

وإن كان الأب قد وصى بثلث ماله لرجل، قسمت العشرة العين بين الابن الذى لا دين عليه وبين الموصى له نصفين؛ لأن الابن الذى لا دين عليه يملك ثلثها بالإرث، والموصى له يملك ثلثها بالوصية، ومن عليه الدين يملك ثلثها بالإرث، ثم الابن الذى لا دين عليه والموصى له يملك كل واحد منهما فى ذمة الابن الذى عليه الدين ثلث العشرة فى ذمته، وقد وجدا له ثلث هذه العشرة، وحقاهما متساويان؛ فاقتسما ذلك بينهما.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى له بثلث عبدٍ فاستحق ثلثاه، وثلث ماله يحتمل الثلث الباقى من العبد - نفذت الوصية فيه على المنصوص.

وقال أبو ثورٍ، وأبو العباس: لا تنفذ الوصية إلا فى ثلث الباقى؛ كما لو وصى بثلث ماله، ثم استحق من ماله الثلثان.

والمذهب الأول؛ لأن ثلث العبد ملكه، وثلث ماله يحتمله؛ فنفذت الوصية فيه؛ كما لو أوصى له بعبدٍ يحتمله الثلث.

ويخالف هذا إذا أوصى بثلث ماله، ثم استحق ثلثاه؛ لأن الوصية هناك بثلث ماله، وماله هو الباقى بعد الاستحقاق، وليس كذلك ههنا؛ لأنه يملك الباقى، وله مال غيره يخرج الباقى من ثلثه.

(الشرح) الأحكام: إن وصى بثلث عبد يملك جميعه فى الظاهر، فاستحق ثلثاه - فإن احتمل ثلث المال الباقى، نفذت الوصية فيه. وإن لم يحتمل نفذت فى القدر

الذى يحتمل؛ لأنه وصى له بثلثه وهو يملكه، ويخرج من ثلث ماله؛ فوجب أن تصح الوصية، كما لو كان مقرًا بأنه يملك ثلثه ووصى به، وهذا ما حكاه المزنى.

وقيل: لا تصح الوصية إلا فى ثلثه - أى: فى ثلث الثلث - وإن احتمل الثلث ثلث ماله؛ لأن الثلث الذى وصى به شائع فى جميع العبد، فإذا خرج ثلثاه مستحقًّا بطل منهما ما وصى به، وبقى ما كان شائعًا فى الثلث وهو ثلثه، كما لو أوصى له بثلث ماله، فخرج بعضه مستحقًّا؛ فإن الموصى له يستحق ثلث الباقى، وهذا ما حكاه الربيع.

وليس بشىء؛ لأن ثَم لم يحتمله الثلث، وهنا احتمله الثلث.

وهكذا الخلاف فيما إذا أوصى بثوب أو دار أو نحو ذلك، فاستُحِق ثلثاه، وشبه القاضى الحسين الخلاف بالخلاف فيما إذا كان يملك من عبده نصفه، فقال: بعت نصف هذا العبد، ففى وجه يصح فى النصف الذى يملكه، وفى وجه: يصح فى نصف النصف.

وحكى أن من الأصحاب من نفى الخلاف فى المسألة، ثم منهم من حمل ما نقله المزنى على ما إذا قال الوصى للورثة: أعطوه ثلث هذه الدار، فأقام الورثة مقام نفسه فى التعيين، وهو لو عين ثم تبين الاستحقاق لم تبطل الوصية؛ فكذلك إذا عين الورثة.

وحمل ما نقله الربيع على ما إذا قال: أوصيت بثلث الدار، ولم يجعل التعيين للورثة.

وعلى طريقة القولين الخلاف مفروض فيما إذا كان الموصى قد ملك الجميع فى الظاهر بسبب واحد، وملك الثلث بسبب، ثم ملك الثلثين بسبب[1]، وأطلق الوصية بالثلث.

أما إذا قال: أوصيت لك بما ملكته بسبب كذا، فإن الوصية تصح به وجهًا واحدًا إذا لم يكن هو المستحق، قاله المتولى والقاضى الحسين، وقالا: إنه لو أوصى بثلث صبرة من طعام، فتلف ثلثاها، فإنه يسلم الثلث الباقى للموصى له إذا خرج من ثلث المال.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

والفرق: أن المستحق غير قابل للعقد وقد وقع العقد شائعًا؛ فأبطلناه فيما لا يقبل عقده وهو الثلث من الثلث، وأما الصبرة فإن جملتها قابلة للعقد فصح، وإذا صحت الوصية وأمكن الوفاء بها لا يجوز إبطالها، وهذا يعضده ما حكاه فى البحر عن الأم فيما إذا أوصى بثلث شىء، فأذهب المالك ثلثيه -: أن للموصى له الثلث[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى له بمنفعة عبدٍ سنةً - ففى اعتبارها من الثلث وجهان:

أحدهما: يقوم العبد كامل المنفعة، ويقوم مسلوب المنفعة فى مدة سنةٍ، ويعتبر ما بينهما من الثلث.

والثانى: تقوم المنفعة سنةً فيعتبر قدرها من الثلث، ولا تقوم الرقبة؛ لأن الموصى به هو المنفعة؛ فلا يقوم غيرها.

وإن وصى له بمنفعة عبدٍ على التأبيد - ففى اعتبار منفعته من الثلث ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: تقوم المنفعة فى حق الموصى له والرقبة مسلوبة المنفعة فى حق الوارث؛ لأن الموصى له ملك المنفعة، والوارث ملك الرقبة، وينظر: كم قدر التركة مع قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة؟ وينظر قيمة المنفعة، فتعتبر من الثلث.

والثانى: تقوم المنفعة فى حق الموصى له؛ لأنه ملكها بالوصية، ولا تقوم الرقبة فى حق الموصى له؛ لأنه لم يملكها، ولا فى حق الوارث؛ لأنها مسلوبة المنفعة فى حقه لا فائدة له فيها

فعلى هذا ينظر: كم قدر التركة، وقيمة المنفعة؟ فتعتبر من الثلث.

والثالث - وهو المنصوص -: تقوم الرقبة بمنافعها فى حق الموصى له؛ لأن المقصود من الرقبة منفعتها؛ فصار كما لو كانت الرقبة له فقومت فى حقه، وينظر قدر التركة، فتعتبر قيمة الرقبة من ثلثها.

وإن وصى بالرقبة لواحدٍ، وبالمنفعة لآخر - قومت الرقبة فى حق من وصى له بها والمنفعة فى حق من وصى له بها؛ لأن كل واحدٍ منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتهما من الثلث.

---

(١) ينظر: الدر المختار (٦/ ٤٦٣)، حاشية رد المحتار على الدر المختار (٦/ ٤٦٣)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموى (٢/ ٢٠٢).

(فصل) وإن وصى له بثمرة بستانه - فإن كانت موجودةً؛ اعتبرت قيمتها من الثلث، وإن لم تخلق.

فإن كانت على التأبيد - ففى التقويم وجهان:

أحدهما: يقوم جميع البستان.

والثانى: يقوم كامل المنفعة، ثم يقوم مسلوب المنفعة، ويعتبر ما بينهما من الثلث.

فإن احتمله الثلث - نفذت الوصية فيما بقى من البستان.

وإن احتمل بعضها - كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث، يشاركه فيه الورثة.

فإن كان الذى يحتمله النصف - كان للموصى له من ثمرة كل عامٍ النصف، وللورثة النصف، والله أعلم.

(الشرح) الأحكام: إذا أوصى له بمنفعة عبده أو داره على التأبيد، اعتبر خروج ذلك من الثلث.

وفى كيفية اعتبار خروجها من الثلث ثلاثة أوجه:

أحدها: تقوم المنفعة فى حق الموصى له، والرقبة مسلوبة المنفعة فى حق الورثة؛ لأن الموصى به هو المنفعة، فاعتبرت قيمتها فى حق الموصى له، والرقبة ملك الورثة، فاعتبرت قيمتها فى ثلثى التركة.

وكيفية ذلك أن يقال: كم قيمة هذه الرقبة بمنافعها؟ فإن قيل: مائة، قيل: فكم قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة على التأبيد؟ فإن قيل: عشرة، علمنا، أن قيمة المنفعة تسعون؛ فتعتبر من الثلث، وعلمنا أن قيمة الرقبة عشرة؛ فتضاف إلى ثلثى التركة.

والوجه الثانى: أن المنفعة تقوم على الموصى له، ولا تحتسب قيمة الرقبة على الموصى له؛ لأنه لا يملكها، ولا على الوارث؛ لأنه لا منفعة له بها.

والثالث - وهو المنصوص -: أن الرقبة تقوم بمنافعها فى حق الموصى له؛ لأن المقصود بالعبيد والدور هو منفعتها دون أعيانها.

وإن وصى له بمنفعة عبده أو داره أو أرضه مدة معلومة، فإن الرقبة تقوم فى حق الورثة لا فى حق الموصى له، وجهًا واحدًا؛ لأن لهم فيها منفعة، وهو أنهم يملكون منفعتها بعد انقضاء المدة. وتقوم المنفعة فى حق الموصى له، وفى كيفية تقويمها فى حقه وجهان:

أحدهما: تقوم الرقبة كاملة المنفعة، ثم تقوم مسلوبة المنفعة مدة الوصية، ويكون ما بينهما قيمة المنفعة.

والثانى: تقوم المنفعة مدة الوصية؛ فتعتبر من الثلث، ولا تقوم الرقبة على الموصى له؛ لأنها غير موصى بها.

وإن وصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لآخر، فإن المنفعة تقوم فى حق الموصى له بها، والرقبة تقوم فى حق الموصى له بها، بلا خلاف بين أصحابنا؛ لأن كل واحد منهما يستفيد بالوصية ملك ما وصى له به.

قال الشيخ أبو حامد: واتفاقهم فى هذه يدل على صحة تقويم الرقبة بمنفعتها فى حق الموصى له بالمنفعة لا غير.

فصل: وإن وصى له بثمرة بستانه: فإن كانت موجودة، قومت الثمرة يوم موت الموصى، واعتبر خروجها من الثلث.

وإن كانت غير موجودة:

فإن كانت على التأبيد، ففيه وجهان:

أحدهما: يقوم البستان بكماله فى حق الموصى له؛ لأن المقصود به منفعته.

والثانى: تقوم المنفعة فى حق الموصى له، والرقبة فى حق الورثة، وهو أن يقال: كم قيمته كامل المنفعة؟ فإن قيل: مائة، قيل: كم قيمته مسلوب المنفعة؟ فإن قيل: عشرة - علم أن التسعين قيمة المنفعة؛ فتحتسب من الثلث، وعلم أن العشرة قيمة الرقبة؛ فتحتسب بها فى ثلثى التركة على الورثة.

ويسقط الوجه الثالث فى العبد هاهنا، وهو أن الرقبة لا تقوم فى حق أحدهما؛ لأن البستان قد يجف؛ فتبطل الوصية بالمنفعة بثمره، ويمكن الوارث الانتفاع بأخشابه، بخلاف الرقبة.

وإن كانت الوصية بمنفعته مدة معلومة، قومت الرقبة فى حق الوارث، والمنفعة فى حق الموصى له وجهًا واحدًا.

وكل موضع احتمل خروجه منفعة جميع البستان من الثلث، فإن الثمرة تكون للموصى له، ما دام البستان باقيًا، ورقبة النخل والشجرة للوارث، ولا يلزم أحدهما سقى النخل والشجر؛ لأن السقى تنتفع به الثمرة والشجرة؛ فلا يلزم أحدهما سقى ملك صاحبه، بخلاف ما لو باع ثمرة بعد بدو صلاحها، فإن عليه سقيها؛ لأن عليه

تسليمها، وذلك من تمام تسليمها.

وإن لم يخرج من الثلث إلا بعض المنفعة، كان للموصى له من ثمره كل عام قدر ما احتمله المنفعة، والباقى للورثة؛ اعتبارًا بما خرج من الثلث.

فرع: إذا أوصى له بلبن شاة وصوفها، جاز، كما تجوز الوصية بثمرة الشجرة. وإن وصى له بلبنها لا غيره، جاز.

قال ابن الصباغ: وينبغى أن يقوم هاهنا الموصى به دون العين؛ لأنه لم يوص له بجميع منافعها.

فصل: ز فى مسائل وفروع مهمة تتعلق بما سبق ذكره من أحكام، وقد ذكرها العمرانى فى البيان.

مسألة: إذا أعتق فى مرض موته أمة حاملا بمملوك له، فإنها تعتق بالمباشرة ويعتق الحمل بالسراية، ومتى تقوم الأمة؟ قال أبو العباس: فيه قولان:

أحدهما: تقوم حاملا، ولا يفرد الحمل بالتقويم؛ لأنه كأعضائها.

فعلى هذا: إن خرجت قيمتها من الثلث، عتقت وعتق ولدها، وإن خرج نصفها، عتق نصفهما.

والثانى: أن الولد يقوم عند الانفصال؛ لأنه يمكن تقويمه، وتقوم الأم حاملا دون حملها؛ لأن قيمتها حاملا أقل من قيمتها حائلا، وأصلهما القولان: هل للحمل حكم، أم لا؟

فعلى هذا: إن خرجت قيمتها من الثلث، عتقا، وإن لم يخرجا، ولم يجز الورثة، فإن كانت قيمتهما سواء؛ بأن كانت قيمة الأم مائة وقيمة الولد مائة، والثلث مائة - عتق من كل واحد منهما نصفه. وإن كانت قيمة الأم مائة، وقيمة الولد خمسين، عتق من كل واحد منهما ثلثاه؛ لأن الولد تابع للأم؛ فوجب أن يعتق منه بقدر ما يعتق منها.

فإن قال فى مرض موته: حملك حر وأنت حرة، فإن خرج من الثلث، عتقا. وإن لم يخرجا من الثلث، قدم عتق الحمل؛ لأنه سابق. فإن كان الحمل جماعة، ولم يخرجوا من الثلث، أقرع بينهم. وإن بقى من الثلث شىء بعد عتق الحمل، عتق من الأم بقدره.

فإن قال فى مرض موته: إذا أعتقت نصف حملك، فأنت حرة؛ ثم قال فى مرض

موته: نصف حملك حر، عتق نصف حملها بالمباشرة، واقتضى ذلك سراية إلى عتق نصف حملها، وعتق الأم بالصفة.

فإن خرجت قيمة جميع الحمل وقيمة الأم من الثلث، عتقا. وإن لم يخرج من الثلث غير نصف الحمل، عتق نصف الولد، ورق باقيه، ورقت الأم.

وإن بقى من الثلث شيء بعد عتق نصف الولد؛ بأن كانت قيمة الولد مائة، وقيمة الأم خمسين، والثلث مائة - فقد بقى من الثلث خمسون، فيقرع بين نصف الولد والأم؛ لأن عتقهما وقع فى حالة واحدة. فإن خرجت قرعة العتق على نصف الولد، عتق جميعه، ورقت الأم؛ لأن عتق الولد لا يسرى إليها. وإن خرجت قرعة العتق على الأم، لم يمكن أن يصرف ما بقى من الثلث فى عتق الأم وحدها، ولكن يسوَّى بينها وبين باقى حملها فى العتق لتساوى قيمتهما؛ فيعتق من الأم نصفها بخمسة وعشرين، ويعتق من الولد ربعه بخمسة وعشرين.

وإنما جُعل ربعه تابعًا لنصف الأم وإن كان القياس يقتضى التسوية بين الجزأين؛ لأنه لا يمكن التسوية بينهما.

وإن كانت قيمة الولد مائة، وقيمة الأمة مائة، والثلث مائة، فقد بقى بعد عتق نصف الولد من الثلث، خمسون، فيقرع بين نصف الولد والأم: فإن خرجت القرعة على نصف الولد، عتق جميعه، ورقت الأم. وإن خرجت على الأم، عتق ثلثها وثلث نصف الحمل؛ لتساويهما فى القيمة.

فرع: قال ابن اللبان: فإن أوصى لرجل بجارية حبلى، قيمتها يوم مات سيدها مائة، فقبل الموصى له، وولدت بعد موت سيدها ولدًا قيمته ستون درهمًا، وخلف الموصى مائتى درهم - فإن قلنا: لا يفرد الولد بالتقويم، كانت الجارية وولدها للموصى له، ولا تزيد التركة بقيمة الولد.

وإن قلنا: يفرد الولد بعد الانفصال بالتقويم، زادت التركة بقيمة الولد؛ فتصير التركة ثلاثمائة وستين، الثلث: مائة وعشرون، وقيمة الجارية وولدها: مائة وستون، فالثلث: ثلاثة أرباع قيمتها؛ فيكون للموصى له ثلاثة أرباع الجارية، وثلاثة أرباع ولدها، وربعهما مع المائتين للورثة.

وإن ترك الميت مائتين وستين درهمًا، كانت التركة أربعمائة وعشرين، الثلث منها مائة وأربعون، وقيمة الجارية وولدها: مائة وستون، فالثلث من قيمتها سبعة أثمانها؛

فيكون للموصى له سبعة أثمانهما.

فرع: وإن وصى رجل لرجل بحمل جارية مملوك له، وأوصى لآخر بالجارية، ومات الموصى، وقبلا الوصية، ثم إن الموصى له بالجارية أعتقها، ثم ولدت ولدًا لأقل من ستة أشهر من وقت إعتاق الجارية - عتقت الجارية دون ولدها، موسرًا كان المعتق أو معسرًا؛ لأن الولد إنما يتبع الأم فى العتق إذا كانا فى ملك المعتق، فأما إذا كانت فى غير ملكه، لم يتبعها، كما إذا باع داره، وفى حائطه ساجة مغصوبة أو مستعارة؛ فإنها لا تدخل فى البيع، وهذه حرة حامل بمملوك ولا نظير لها.

فرع: قال القاضى أبو الطيب: إذا قال رجل لأمة له حامل بمملوك له: إذا مت، فأنت حرة أو ما فى بطنك حر، ومات، ثم ولدت ولدًا يعلم وجوده وقت الإعتاق - أقرع بين الأم والولد: فإن خرجت قرعة العتق على الأم وخرجت من الثلث، عتقت وعتق ولدها تبعًا لها ولا تحتسب قيمة الولد من الثلث؛ لأنه يعتق بالشرع، فهو بمنزلة التالف. وإن خرج بعض الأم من الثلث، عتق ما خرج منها من الثلث، وتبعها من الولد مثل الذى عتق منها.

وإن خرجت قرعة العتق على الولد، وخرج من الثلث، عتق الولد ورقت الأم. وإن خرج بعضه، عتق منه ما خرج من الثلث، ورق باقيه ورقت الأم؛ لأن الأم لا تتبع الولد فى العتق.

ويقوم الولد وقت الانفصال؛ لأنه أول وقت يمكن تقويمه فيه، وتقوم الجارية وقت موت الموصى؛ لأنه يمكن تقويمها وهى حالة استحقاقها للعتق.

قال القاضى أبو الطيب: وإن كان له أمتان حاملان بمملوكين له، فقال لهما: إذا مت، فأنتما حرتان، أو ما فى بطنيكما حران، ومات ثم ولدت كل واحدة منهما ولدًا لوقت يعلم وجوده وقت الإعتاق - أقرع بين الأمتين والولدين، فإن خرجت قرعة العتق على الأمتين، وخرجتا من الثلث، عتقتا من الثلث، وعتق ولداهما تبعًا لهما من غير الثلث؛ لأنهما تالفان من طريق الشرع. وإن لم تخرج الأمتان من الثلث، أعيدت القرعة بينهما، فأيتهما خرجت عليها قرعة العتق، عتقت وعتق ولدها، ورقت الأخرى وولدها.

وإن خرجت إحداهما من الثلث، وبعض الأخرى، عتقت من خرجت عليها قرعة العتق، وعتق ولدها، وعتق من الأخرى تمام الثلث، وعتق من ولدها قدر ما

عتق منها ورق باقيهما.

وإن خرجت قرعة العتق على الولدين، فإن خرجا من الثلث، عتقا ورقت الأمتان. وإن لم يحتملهما الثلث، أعيدت القرعة بين الولدين، فَمَن خرجت عليه قرعة العتق، عتق جميعه ورق الآخر والأمتان. وإن احتمل الثلث أحدهما وبعض الآخر، أقرع بينهما، فمن خرجت عليه قرعة العتق، عتق جميعه، وعتق من الآخر تمام الثلث، ورق باقيه والأمتان.

فرع: قال ابن اللبان: إذا أعتق فى مرض موته عبدًا قيمته مائة درهم، وله مائتا درهم غائبتان أو دين، ولا مال له غير ذلك - عتق ثلثه فى الحال، وسلم ثلثاه إلى الورثة؛ لأنه لا يتنجز للموصى له شىء إلا ويحصل للورثة مثلاه.

ولا يملك الورثة بيعه؛ لأن تنجز عتق باقيه موقوف على قضاء الدين، أو حصول المال الغائب، والبيع لا يجوز وقفه.

فإن كسب العبد مالا قبل اقتضاء الدين، كان للعبد ثلث كسبه، وللورثة ثلثاه. فإذا نضّ جميع الدين، نفذ عتق جميعه؛ لأنه حصل للورثة مثلا قيمته.

وهل يرجع العبد على الورثة بما أخذوا من كسبه وأجرة ما خدمهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع عليهم؛ لأنهم أخذوه فى حالة أباح لهم الشرع أخذه.

والثانى - وهو المنصوص عليه -: أنه يرجع عليهم؛ لأنه بان أنه كان حرًّا ذلك الوقت.

ولا يرجع الورثة عليه بما أنفقوه على ثلثيه وجهًا واحدًا؛ لأنهم أنفقوه عليه لحظهم واختيارهم؛ إذ لو شاءوا لأجازوا عتقه.

وإن مات للعبد من يرثه قبل أن ينضّ الدَّيْن، فهل يوقف ميراثه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يوقف ميراثه منه؛ لأنه لا يؤمن أن يكون حرًّا، والظاهر من الدين أنه يقضى.

وإن أعسر الغريم أو تلف المال الغائب، رد الموقوف على ورثة مناسب العبد المعتق.

والثانى: أنه لا يوقف، بل يدفع ذلك إلى ورثة مناسب العبد؛ لأنا لا نتيقنه وارثًا فلا نمنع الورثة ميراثهم، لجواز أن ينضّ الدين، كما لمْ يمنع ورثة المعتق من استخدام ثلثى العبد المعتق.

فإن مات العبد المعتق قبل أن ينض الدين أو يحصل المال الغائب، كان لورثة العبد ثُلُث كسبه ولورثه سيده ثلثاه على القول الجديد، وعلى القديم: يكون جميع كسبه لورثة سيده.

وإن نض الدين أو حصل المال الغائب بعد موت العبد، رد ورثة السيد على ورثة العبد المعتق ما أخذوه من كسبه فى أصح الوجهين.

وإن مات بعد موت العبد ابن للعبد من حرة معتقة لقوم، وترك مولى أمه ومولى أبيه - أعطى مَوْلَى الأب من ماله قدر ما حكم بعتقه من العبد بجزء الولاء، وباقى مال ابن العبدِ لمولى أمه.

فإن نض الدين أو حصل المال الغائب بعد ذلك، تبينا أن الأب قد كان مات حرًّا، وأنه جرَّ ولاء ولده من مولى أمه إلى مولى أبيه، فيرد ورثة السيد ما أخذوا من كسب العبد على ورثة العبد المعتق فى أصح الوجهين، ويرد مولى أم ابن العبد ما أخذ من مال الابن على مولى العبد.

ولو سلم لورثة المعتق من المائتين مائة، وثوى الباقى أو تلف، تبينا أنه كان عتق ثلثا العبد، ورق ثلثه وجرَّ ثلثى ولاء ولده، فيرد ورثة السيد على الابن ما أخذوا من كسب أبيه تمام الثلثين فى أصح الوجهين، فيضاف إلى ما خلفه الابن، ويُجعل ثلثاه لمولى أبيه، وثلثه لمولى أمه، ويحتسب على مولى الأم بما أخذه من ميراث الابن.

وإن أنكر الغريم الدين، ولا بينة، ونكل عن اليمين، ولم يحلف ورثة السيد - فهل يحلف العبد؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يحلف؛ لأنه لا يستحق ما يحلف عليه.

والثانى: يحلف؛ لأنه يستحق العتق بثبوت المال الذى يُحلَّفُ عليه.

وإن دفع الغريم الدين إلى الوارث، فقال الوارث: لا دين لمورثى عليك، فإن كان المعتق قد ادعى الدين، عتق العبد ولم يقبل إقرار الوارث أنه لا دين للمعتق؛ لأن المعتق قد ادعاه وصدقه الغريم، وفى تكذيب الورثة إبطال لحق العبد من العتق؛ فلم يقبل.

وهكذا: لو صدق العبد الورثة أنه لا دين للمعتق، لم يحكم ببطلان العتق؛ لأن العتق حق لله تعالى؛ فلا يقبل قوله فيما يسقطه.

وإن كان المُعْتق لم يدع الدين، لم يقبل إقرار الغريم - سواء ادعاه العبد أو لم يدعه - إذا لم يدعه الوارث؛ لأن فى ذلك إثبات المال لمن لا يدعيه وإبطالا لحق

الورثة من رق العبد.

وإن ادعى الورثة دينًا للميت على رجل، فأنكر وحلف، ثم أقر للمدعى عليه بعد ذلك بالدين وكذبه الورثة بإقراره - لم يقبل تكذيبهم، سواء صدقهم العبد على التكذيب أو كذبهم؛ لأن إقرارهم قد سبق بأنه مال للميت، ولزمهم بذلك حق العتق، فلم يقبل إقرارهم بعد ذلك بما يسقطه.

فرع: إذا أعتق فى مرض موته عبدًا لا مال له غيره، وعليه دين يستغرق قيمته، وطالبه الغرماء به - بطل العتق، وقيل للورثة: إن شئتم أن تقضوا الدين من مالكم وتملكوا العبد، كنتم أحق به. وإن لم يختاروا ذلك، وطلب الغرماء أن يأخذوا العبد بقيمته عن دينهم - قال ابن اللبان: كانوا أحق بشرائه من الأجنبى؛ لأنه أحظ للميت؛ لأنه يبرأ من الدين يقينًا، ويأمن عهدة الثمن.

فلو كسب العبد مالا بعد موت سيده، كان ملكًا لورثة السيد على قول الشافعى، وعلى قول الإصطخرى: يقضى من كسبه الدين.

ولو أبرأ الغرماء الميت من الدين، عتق ثلث العبد، ورق ثلثاه.

مسألة: إذا نكح الرجل فى مرض موته، صح النكاح وَوَرِثَتْهُ.

وأما الصداق: فإن أصدقها مهر مثلها، استحقت ذلك من رأس المال.

وإن أصدقها أكثر من مهر مثلها: فإن ورثته، كان ما زاد على مهر مثلها وصية لوارث على ما مضى. وإن لم ترثه، بأن كانت ذمية أو مملوكة، أو قتلته، أو ماتت قبله، أو أبانها، وقلنا: لا ترثه - كان ما زاد على مهر مثلها وصية تعتبر من الثلث. وبه قال الشعبى، والنخعى، والأوزاعى، وأبو حنيفة وأصحابه، وأحمد، وإسحاق.

وقال مالك: لا يَصِحُّ نكاحه.

قال الزهرى: يصح نكاحه ولا ترثه الزوجة.

وقال ربيعة: يصح، ولكن تستحق المهر فى الثلث وإن لم يزد على مهر مثلها.

دليلنا على مالك: قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣].

وقال ﷺ: «مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِى، فَلْيَسْتَنَّ بِسُنَّتِى، وَمِنْ سُنَّتِى: النِّكَاحُ»[١].

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦/ ١٦٩) رقم (١٠٣٧٨) وسعيد بن منصور (١/ ٦٣)، باب الترغيب فى =

ولم يفرق بين الصحيح والمريض.

وروى عن معاذ: أنه مرض، فقال: «زَوِّجُونِى، زَوِّجُونِى، لَا أَلْقَى اللهَ عَزَبًا»[١].

وقال ابن مسعود: «لَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْ عُمُرِى إلا عَشَرَةُ أَيَّامٍ لَا أُحِبُّ أَنْ أَكُونَ بِغَيْرِ زَوْجَة»[٢].

وروى: «أن الزبير دخل على قدامة بن مظعون يعوده وهو مريض، فبشر الزبير ببنت وهو عنده، فقال له قدامة: زَوِّجْنِيهَا، فقال له الزبير: مَا تَصْنَعُ بِهَا وأَنْتَ عَلَى هَذِه الحَالَةِ؟! فقال: قدامة: إِنْ عِشْتُ، فَابْنَةُ الزُّبَيْرِ، وَإِنْ مِتُّ، فَهِى أَحَقُّ مَنْ وَرِثَنِى» ولا يعرف لهم مخالفٌ.

ودليلنا على الزهرى: أنه معنى يورث به؛ فاستوى فيه الصحيح والمريض، كالإقرار بالنسب.

ودليلنا على ربيعة: أنه عقد معاوضة؛ فاعتبر عوض المثل فيه من رأس المال، كالابتياع.

إذا ثبت هذا: فإن تزوج مسلم ذمية فى مرض موته بأكثر من مهر مثلها، فأسلمت قبل موته، صارت وارثة له، وكان ما زاد على مهر مثلها وصيةً لوارث؛ لأن الاعتبار عند الموت لا عند العقد.

وإن تزوج حر أمة لغير وارثه بأكثر من مهر مثلها فى مرض موته، فأعتقت قبل موته - وَرِثَتْه، وكان ما زاد على مهر مثلها وصية تلزم من الثلث لمولاها، ولا يجتمع الميراث والوصية لشخص.

فرع: إذا أعتق فى مرض موته المخوف أمة له، وله مال تخرج من ثلثه، فهل

= النكاح (٤٨٧)، وأبو يعلى (٥/ ١٣٣) رقم (٢٧٤٨)، والبيهقى (٧/ ٧٨) كتاب النكاح: باب الرغبة فى النكاح، كلهم من طريق إبراهيم بن ميسرة عن عبيد بن سعد، مرفوعًا.

وذكره الهيثمى فى «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥٥) وقال: رواه أبو يعلى ورجاله ثقات إن كان عبيد بن سعد صحابيًا، وإلا فهو مرسل.

وذكره الحافظ ابن حجر فى المطالب العالية (٢/ ٣٦) رقم (١٥٨٦) وعزاه لأبى يعلى.

وعزاه السيوطى فى «الدر المنثور» (٢/ ٣١١) لعبد الرزاق والبيهقى.

(١) أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٣/ ٤٥٣) (١٥٩٠٩)، وذكره البيهقى فى السنن الكبرى (٦/ ٢٧٦).

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٣/ ٤٥٣ - ٤٥٤) (١٥٩١٢).

يصح لوليها الحر أن يزوجها بإذنها قبل موت السيد من مرضه ذلك، أو بُرْئه منه؟ فيه وجهان:

قال أبو العباس بن سريج، وأكثر أصحابنا: يصح نكاحها؛ لأن فى ملك المريض مالا تخرج الجارية من ثلثه، والظاهر بقاؤه، فنفذ عتقها فى الحال، وصح تصرفها فى بضعها، كما لو مات السيد وهى تخرج من ثلثه ولم يظهر عليه دين، فإن لها أن تتصرف فى بضعها.

قال ابن الحداد، وابن اللبان، والقاضى أبو الطيب: لا يصح نكاحها؛ لأن عتقها موقوف على ما تبين فى ثانى الحال.

فإن برئ المريض من مرضه، أو مات، وخرجت من ثلثه، نفذ عتقها. وإن لم تخرج من ثلثه ولم يجز الورثة، لم ينفذ العتق فى جميعها. وربما ظهر عليه دين يستغرق جميع التركة؛ فلا ينفذ العتق فى شىء منها.

وإذا كان كذلك، لم يصح عقد النكاح على امرأة مشكوك فى حريتها، كما لو أسلم وثنىٌّ وتخلفت امرأته فى الشرك، لم يجز له أن يعقد النكاح على أختها قبل انقضاء عدتها.

قال القاضى أبو الطيب وابن اللبان: وعلى هذا لو شهدت لم تقبل شهادتها، ولو جنت أو جنى عليها، لوقف ذلك، وإن قذفت غيرها، لم تُحَدَّ حدَّ حرة، وإن قذفها قاذف، لم يحد حد القذف، وإن مات لها من ترثه، وقف ميراثها منه على ما نتبين من أمر المعتق.

قالا: وكذلك لو وهب فى مرضه المخوف لغيره جارية تخرج من ثلثه، وقبضها الموهوب له، لم يجز له وطؤها قبل موت الواهب أو برئه من مرضه؛ لأن هبتها موقوفة على ما تبين من حاله؛ فلا يباح له وطء امرأة يشك فى ملكها.

فرع: وإن أعتق فى مرضه المخوف أمة لم تخرج من ثلثه، فتزوجها قبل برئه من مرضه - قال القاضى أبو الطيب: فعلى قول ابن الحداد فى المسألة قبلها لا يصح نكاحه لها. وبهٖ قال ابن اللبان؛ لما ذكرناه فى التى قبلها.

وقال أبو العباس بن سريج، والشيخ أبو حامد، وعامة أصحابنا: يصح النكاح. وقد حكاه القاضى أبو الطيب فى «شرح المولدات» فى موضع آخر عن ابن الحداد: أنه يصح.

فإذا قلنا بهذا - وهو المشهور - ومات، فإنها لا ترثه؛ لأن إثبات ميراثها يؤدى إلى نفيه؛ لأن عتقها فى مرض الموت وصية لها، والوصية لا تصح للوارث، فلو ورثناها منه، لبطل عتقها، وإذا بطل عتقها، بطل ميراثها، وما أدى إثباته إلى نفيه، بطل إثباته.

قال الشيخ أبو حامد: وليس على مذهب الشافعى حرّةٌ مسلمة لا ترث زوجها إلا هذه.

فعلى هذا: إذا تزوجها بمهر مثلها ولا ينقص مهرها ثلثه، استحقت ذلك. وإن تزوجها على أكثر من مهر مثلها، والزيادة تخرج من ثلثه، استحقت ذلك كله؛ لأنها ليست بوارثة له.

وإن كان مهرها ينقص ثلثه، بأن كانت قيمتها مائة درهم، وله مائتا درهم عين، فتزوجها على مائتين أو بعضهما - لم تستحق مهرًا؛ لأنها لو استحقت ذلك، لم يحصل للوارث مِثْلَا قيمتها، فيرق بعضها، وإذا رق بعضها، بطل نكاحها، وإذا بطل النكاح، بطل المهر، وما أدى إثباته إلى نفيه بطل إثباته. وهذه حرة سليمة لا تستحق مهرها ولا نظير لها.

فإن أعتق المريض أمة قيمتها مائة لا مال له غيرها، وتزوجها فى مرضه، ومات: فإن قلنا بقول القاضى أبى الطيّب، وابن اللبان - فالنكاح باطل.

وإن قلنا بقول أبى العباس، وعامة أصحابنا: فإن أجاز الورثة العتق بعد الموت، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ لما فعله الموصى، حكم بصحة النكاح، وعليها عدة الوفاة، ولا مهر لها، سواء دخل بها أو لم يدخل؛ لأن إثباته يؤدى إلى إسقاطه على ما مضى.

وإن قلنا: إن الإجازة ابتداء عتق من الورثة، أو لم يجيزوا، كان النكاح باطلا، فإن كان السيد لم يطأها قبل موته، فلا كلام. وإن كان قد وطئها بعد العتق، ومهر مثلها خمسون، كان لها من مهر مثلها بقدر ما فيها من الحرية. فإن أبرأت منه، عتق ثلثها، ورق ثلثاها. وإن لم تبرئ منه، دخلها الدور، فنقول:

يعتق من الأمة شىء من الثلث، ولها من مهر مثلها نصف شىء من رأس المال، فبقى فى يد الورثة جارية قيمتها مائة إلا شيئًا ونصف شىء يعدل مثلى الشىء الخارج

بالوصية، وذلك شيئان، فإذا جبرت المائة بالشيء والنصف، وزدت ذلك على الشيئين المعادلين، عدلت المائة إلى ثلاثة أشياء ونصف، فالشيء الواحد سُبُعًا الجارية، فيعتق منها سبعاها، وتستحق سبعى مهرها، وهو مثل سبع رقبتها، فيقال للورثة:

إن اخترتم أن تبيعوا سبع رقبتها، وتسلموا ثمنه إليها، بقى معكم أربعة أسباع رقبتها، وذلك مِثْلاً ما عتق منها.

وإن اخترتم أن تعطوها سبعى مهرها من خالص أموالكم، ملكتم خمسة أسباعها.

وإن اختارت الأمة أن تأخذ سبع رقبتها بمهرها:

قال ابن اللبان: كانت أحق به من الأجنبى. هذا هو المذهب.

وفيها وجهان آخران خرجهما أبو العباس:

أحدهما: أن الذى غرمه السيد من مهرها يكون من الثلث؛ لأن ذلك خرج منه بسبب عتقه، ولا يخرج منه بالعتق وسببه أكثر من الثلث.

وعلى هذا نقول: عتق منها شيء، ولها من مهرها نصف شيء، وبقى فى يد الورثة جارية قيمتها مائة إلا شيئًا ونصف شيء يعدل ثلاثة أشياء، فإذا جبرت، عدلت المائة أربعة أشياء ونصفا، فالشيء تسعا الجارية فيعتق تسعاها، ولها تسعا مهرها، وهو مثل تسع رقبتها، فيباع فى المهر ويسلم إليها، ويبقى مع الورثة ثلثاها.

والوجه الثانى: يجعل مهرها هدرًا، كما لو وطئها السيد ثم أعتقها.

فعلى هذا: يعتق ثلثها ويرق ثلثاها، فإن أحبلها السيد، ففيه وجهان:

أحدهما: تعتق بموته بالإحبال لا بالإعتاق؛ لأن الميت لا ثلث له.

والثانى: تعتق من حين أعتقها؛ لأنها لم تبق على ملك الميت حتى تجرى فيها المواريث والوصية، وصار عتق الميت غير مانع للورثة من أن يرثوها؛ فتكون كعتق الصحيح، ويجب لها المهر فى ذمته.

قال ابن اللبان: والأول أشبه بمذهب الشافعى.

فإن ترك السيد معها مائة درهم، فَإِنَّكَ تقول: عتق منها شيء بالوصية، ولها نصف شيء بالمهر تأخذه من المائة، ويعتق باقيها بالإحبال من رأس المال، فبقى فى يد الورثة مائة إلا نصف شيء يعدل مثلى ما عتق منها، وذلك شيئان، فإذا جبرت المائة بما نقصَ منها وزدته على الشيئين، عدلت المائة شيئين، ونصفا الشيء خمسا

المائة وهو أربعون؛ فيعلم أن الذى عتق منها خمساها وقيمته أربعون، فتستحق خمسى مهرها وهو عشرون من المائة، ويبقى فى يد الورثة ثمانون وهو مثلا ما عتق من الجارية.

وعلى الوجه الذى يجعل ما غرمه السيد من المهر من الثلث تعدل المائة إلا نصف شىء ثلاثة أشياء، فإذا جبرتها عدلت ثلاثة أشياء، ونصف الشىء سبعاها، فإذا استحقت سبعى مهرها - وهو سبع المائة - بقى فى يد الورثة ستة أسباع المائة، وهو: مثلا ما عتق منها وأخذته بالمهر.

وعلى الوجه الذى يجعل المهر هدرًا: يعتق نصفها بالإعتاق، ونصفها بالإحبال ويبقى فى يد الورثة مائة، مثلا ما عتق منها بالإعتاق.

وهكذا: إن أبرأت من مهرها، وقلنا: يجب عتق نصفها بالإعتاق، ونصفها بالإحبال.

فرع: وإن أعتق أم ولده فى مرض موته، ثم تزوجها قبل موته بمهر مثلها، صح النكاح وجهًا واحدًا، وورثته؛ لأن عتقها لا يعتبر من ثلث التركة؛ لأنها مستحقة للعتق بموته.

فإن أصدقها أكثر من مهر مثلها، كان ما زاد على مهر مثلها وصيةً لوارثٍ على ما مضى؛ لأنها ترثه؛ فيثبت الميراث ولا تثبت الوصية؛ لأنهما لا يجتمعان. وإنما أثبتنا الميراث؛ لأنه أقوى من الوصية؛ لأنه يثبت بغير اختياره، والوصية لا تثبت له إلا باختياره.

فرع: وإن أعتق فى مرض موته جارية له على أن تتزوج به، ويكون عتقها صداقها، ورضيت به، فتزوجها قبل موته - فإن عتقها يصح، ولا يلزمها أن تتزوج به؛ لأنه سلف فى عقد، ويلزمها قيمتها لسيدها؛ لأنه ما رضى بزوال ملكه عنها إلا بعوض ولم تسلمه له؛ فيثبت له قيمتها، كما لو كاتبها على محرم وسلمته إليه.

فإذا نكحها، صح نكاحه لها وجهًا واحدًا؛ لأنها لا تعتق من ثلثه؛ لأنها تعتق عليه بعوض وترثه؛ لأن توريثها لا يؤدى إلى إبطال عتقها، فإن أصدقها مهر المثل، استحقته. وإن أصدقها أكثر من مهر مثلها، لم تستحق الزيادة من غير إجازة الورثة؛ لأنها وارثة له.

فرع: وإن أعتقت امرأة عبدًا لها فى مرضها المخوف، ثم تزوجت به ولها مال

يخرج العبد من ثلثه:

فعلى قول القاضى أبى الطيب، وابن الحداد، وابن اللبان: النكاح باطل؛ لأن عتقه موقوف على ما يتبين من أمرها، ولا يجوز أن يقع عقد النكاح موقوفًا.

وعلى قول أبى العباس، وعامة أصحابنا: يصح النكاح، وإذا ماتت لم يرثها؛ لأن توريثه منها يؤدى إلى إبطاله، على ما مضى فى الأمة.

فرع: وإن تزوج امرأة فى مرض موته بمائة درهم، ومهر مثلها خمسون، فماتت قبله، وورثها، ولا مال لهما غيرها - فحسابه أن نقول:

لها مهر مثلها خمسون، ولها مما بقى شىء وصيةً؛ لأنها لم ترثه، فلما ماتت قبله، ورث عنها النصف - وهو: خمسة وعشرون - ونصف شىء؛ فصار فى يد ورثة الزوج خمسة وسبعون إلَّا نصف شىء يعدل شيئين، فإذا جبرتها، عدلت شيئين ونصفا، الشىء خمسا ذلك - وهو: ثلاثون، وهو الذى صح لها بالمحاباة مع مهر مثلها - فذلك ثمانون، وبقى فى يد الزوج عشرون، فلما ماتت قبله، ورث عنها نصف ما بيدها أربعين - وهو: نصف مهر مثلها - ونصف شىء؛ فصار معه ستون، مثلا المحاباة.

فلو ترك الزوج سوى الصداق خمسين، أو تركت الزوجة مائة، تمت المحاباة للزوجة. فإن ترك الزوج سوى الصداق عشرين، وتركت الزوجة أيضًا ثلاثين - فحسابه أن نقول:

لها مهر مثلها خمسون، ولها مما بقى شىء محاباة مع الثلاثين التى لها؛ فتكون تركتها ثمانين وشيئًا، يرث الزوج نصفها، يضمه إلى باقى المائة فى يد الزوج، وإلى العشرين؛ فيصير فى يده مائة وعشرة إلا نصف شىء تعدل شيئين، فإذا جبرتها، عدلت شيئين ونصفا، الشىء خمسا ذلك - وهو: أربعة وأربعون - فتأخذ الزوجة ذلك مع مهر مثلها، وتضمه إلى الثلاثين؛ فيكون جميع تركتها مائة وأربعة وعشرين، فيرث الزوج نصف ذلك - وهو: اثنان وستون - وقد بقى فى يده من المائة ستة والعشرون الأخرى؛ فذلك كله ثمانية وثمانون مثلا المحاباة.

وإن كان على كل واحد عشرون دينًا، ولا مال لهما غير المائة - فحسابه أن نقول: لها مهر مثلها خمسون، ولها شىء محاباة، يخرج منها عشرون دينها، بقى لها ثلاثون وشىء يرث الزوج نصف ذلك - وهو: خمسة عشر - ونصف شىء

يضمه إلى ما بقى معه؛ فيصير خمسة وستين إلا نصف شيء، يخرج دينه عشرون؛ فيبقى لورثته خمسة وأربعون إلا نصف شى يعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين، ونصفا الشيء خمسا ذلك - وهو: ثمانية عشر - فيصح لها ذلك مع مهر مثلها، فيصير ثمانية وستين، فإذا خرج لدينها عشرون، بقى ثمانية وأربعون؛ فيرث الزوج أربعة وعشرين مع اثنين وثلاثين تبقى معه مع المائة، فذلك ستة وخمسون، فإذا خرج لدينه عشرون، بقى لورثته ستة وثلاثون، وهو مثلا ما صح لها بالمحاباة.

مسألة: وإذا اشترى شيئًا فى مرض موته، أو باعه بثمن المثل، صح ذلك ولم يعتبر من الثلث؛ لأن ما رجع إليه مثل ما خرج منه.

وإن اشترى شيئًا فى مرض موته أو باعه، وحابى فى ذلك، اعتبرت المحاباة من ثلث التركة.

وقال ابن اللبان: القياس يقتضى أن يبطل بيع المريض وشراؤه إذا كان فيهما محاباة؛ لأنه لا يجوز أن يقع العقد موقوفًا، على ما تبين فى ثانى الحال.

والمشهور هو الأول، وعليه التفريع، وقد مضى ذلك فى البيوع.

فرع: وإن اشترى ابنه أو أباه فى مرض موته، عتق من ثلثه ولا يرثه؛ لأن عتقه وصية ولا يجتمع له الميراث والوصية.

وإن اشتراه بمحاباة، واحتمل الثلث عتقه والمحاباة، عتق، ولزمت المحاباة للبائع. وإن لم يحتملها الثلث، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو المشهور - أن المحاباة تقدم فى الثلث؛ لأن البائع ملك الثمن فى حال ما ملك المشترى المبيع، ثم يعتق عليه بعد ذلك من الثلث. فإذا استغرقت المحاباة الثلث، لم يعتق عليه، وورث عنه.

والثانى - وهو قول أبى العباس بن سريج -: أن البيع لا يصح؛ لأن تصحيحه يؤدى إلى أن يملك الإنسان أباه أو ابنه، ولا يعتق عليه، وذلك يخالف مقتضى العقد؛ فلم يصح.

والثالث - وهو قول ابن اللبان -: أن الثلث يقسم بين العتق والمحاباة على قدرهما؛ لأن فى تقديم أحدهما إبطالا للآخر، وليس أحدهما بأولى من الآخر.

وإن اشتراه فى مرض موته بثمن مثله، وعليه دين يستغرق ماله، ففيه وجهان:

أحدهما: قال أبو العباس بن سريج: لا يصح الشراء؛ لأن تصحيحه يؤدى إلى أن

يملك أباه أو ابنه، ولا يعتق عليه؛ فلم يصح، كما لا يصح شراء الكافر للعبد المسلم.

والثانى - وهو قول أكثر أصحابنا -: يصح الشراء، ولا يعتق عليه، ويباع فى الدين، وهو الأصح؛ لأن موجب الشراء الملك، والدين لا يمنع منه، فلم يمنع صحة الشراء. وعتقه معتبر من الثلث، والدين يمنع منه كما يمنع الدين العتق بالإعتاق. ويخالف شراء الكافر للمسلم؛ فإن الكفر يمنع الملك للعبد المسلم.

وإن كان ماله مائتى درهم وأَمَة تساوى مائة درهم ولا يملك غير ذلك، فأعتق الأمة فى مرض موته، ثم اشترى أباه أو ابنه - قدم عتق الأمة.

وعلى قول أبى العباس: لا يصح الشراء؛ لأنه لا يملكه، وهو لا يعتق عليه.

وعلى قول سائر أصحابنا: يصح الشراء، ولا يعتق عليه، بل يورث عنه، فإن كان فى ورثته من يعتق عليه إذا ملكه، عتق عليه نصيبه دون الباقى. وإن كانوا ممن لا يعتق عليه، استقر ملكهم عليه.

وهكذا: لو أبرأ البائع المشترى من الثمن، أو برئ من مرضه، عتق عليه.

فرع: وإن ورث من يعتق عليه بالملك فى مرض موته، ولا دين على الوارث، ففيه وجهان، حكاهما القاضى أبو الطيب:

أحدهما: أنه يعتق عليه من ثلثه؛ لأنه ملكه فى مرض موته وعتق عليه، فهو كما لو اشتراه.

والثانى - وهو الأصح -: أنه يعتق عليه من رأس ماله؛ لأنه دخل فى ملكه بغير اختياره، وعتق عليه بغير اختياره، فهو كما لو تلف شىء من ماله فى مرض موته، بخلاف ما لو اشتراه.

وإن وهب له فقبله وقبضه فى مرض موته، أو وصى له به فقبله فى مرض موته، ولا دين عليه:

فإن قلنا: إنه إذا ورثه فى مرض موته يعتق عليه من ثلثه، فهاهنا أولى.

وإن قلنا فى الميراث: يعتق عليه من رَأس ماله، ففى الهبة والوصية وجهان:

أحدهما: أنه يعتق عليه من رأس ماله؛ لأنه دخل فى ملكه بغير عوض.

والثانى - وهو الأصح -: أنه يعتق عليه من ثلثه؛ لأنه دخل فى ملكه باختياره للقبول، فعتق من ثلثه، كما لو اشتراه.

فكل موضع قلنا: إنه يعتق من رأس المال، فإنه يرث من معتقه؛ لأن عتقه ليس

بوصية.

وكل موضع قلنا: إنه يعتق من الثلث، فإنه لا يرث من المعتق؛ لأن عتقه وصية، ولا يجتمع له الميراث والوصية.

وقال أبو سعيد الإصطخرى: لا يرث بحال. وليس بشىء؛ لأنه إذا لم يكن عتقه وصية، لم يناف الميراث.

وأما إذا ورثه، أو قبل وصيته، أو قبضه فى هبة فى مرض موته، وعليه دين يستغرق تركته:

فإن قلنا: إنه يعتق إذا لم يكن عليه دين من رأس المال، عتق هاهنا، ولا يباع فى الدين.

وإن قلنا هناك: إنه يعتق من الثلث، فهاهنا وجهان:

أحدهما - وهو الأصح -: أنه يملكه ويباع فى الدين؛ لأن العتق من الثلث لا يكون إلا بعد الدين.

والثانى - وهو قول أبى العباس -: أنه لا يصح قبوله فى الهبة أو الوصية، بل يكون على ملك الواهب، أو ورثة الموصى؛ لئلا يملكه ولا يعتق عليه.

فرع: إذا وهب له من يعتق عليه فى مرض موته، أو وصى له به فقبله، ثم أعتق الموهوب عبدًا له آخر، فإن احتملهما الثلث، عتقا، وإن احتمل الثلث أحدهما لا غير:

فإن قلنا: إنَّ عِتق الموهوب أو الموصى به من رأس المال، عتقا جميعًا.

وإن قلنا: إن عتق الموهوب أو الموصى به من الثلث، قدم عتق الموهوب أو الموصى به فى الثلث، ووقف عتق الآخر على إجازة الورثة.

وإن بدأ فأعتق عبدًا له قيمته جميع ثلثه فى مرض موته، ثم وهبه له من يعتق عليه أو وصى له به فقبل:

فإن قلنا: يعتق الموهوب أو الموصى به من رأس المال، عتقا جميعًا.

وإن قلنا: يعتق الموهوب أو الموصى به من الثلث، قُدِّمَ عتق الأول فى الثلث، وفى الموهوب أو الموصى به وجهان:

أحدهما: لا يعتق ويرثه ورثة الموهوب.

والثانى: لا تصح هبته ولا الوصية له به. والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب جامع الوصايا

إذا وصى لجيرانه، صرف إلى أربعين دارًا من كل جانبٍ؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «حق الجوار أربعون دارًا: هكذا، وهكذا، وهكذا: يمينًا، وشمالًا، وقدامًا، وخلفًا».

(فصل) وإن وصى لقراء القرآن، صرف إلى من يقرأ جميع القرآن، وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يدخل فيه؛ لعموم اللفظ.

والثانى: لا يدخل فيه؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف إلا على من يحفظه.

وإن وصى للعلماء، صرف إلى علماء الشرع؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف إلا عليهم.

ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقه؛ لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم.

(الشرح) حديثَ أبى هريرة أخرجه أبو يعلى[1] وعنه ابن حبان فى المجروحين[2]: حدثنا محمد بن جامع العطار حدثنا محمد بن عثمان حدثنا عبد السلام بن أبى الجنوب عن أبى سلمة عن أبى هريرة مرفوعًا. وذكره الهيثمى فى المجمع[3]، وقال رواه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار وهو ضعيف وذكره أيضًا الحافظ ابن حجر فى المطالب العالية[4]، وعزاه لأبى يعلى.

وللحديث علة أخرى وهى عبد السلام بن أبى الجنوب؛ قال ابن حبان: منكر الحديث يروى عن الثقات ما لا يشبه حديث الأثبات، لا يعجبنى الاحتجاج بخبره؛ لمخالفته الأثبات فى الروايات[5].

---

(١) (١٠/ ٣٨٥) رقم (٥٩٨٢).
(٢) (٢/ ١٥٠).
(٣) (٨/ ١٧١).
(٤) (٣/ ٧) رقم (٢٧٢٣).
(٥) ينظر: مجمع الزوائد (٨/ ١٦٨)، جمع الجوامع للسيوطى (٢/ ١٥٥١، ١٥٦٢) تلخيص الحبير (٢/ ٩٣)، نصب الراية (٤/ ٤١٤).

قوله: (طرق الحديث)[١] هى: اختلاف أسانيده، وسمى الطريق سندًا؛ لاعتماد الحفاظ عليه فى الحكم على الحديث صحة أو ضعفًا إلى غير ذلك، وكثرة رواته وقلتهم، ومعرفة العدل والمجروح منهم، وغير ذلك.

الأحكام: إن أوصى لجيرانه صرف إلى أربعين دارًا من كل جانب؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «حقُّ الجوَار أَرْبَعُونَ دَارًا: هَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا، يَمِينًا، وَشِمَالًا، وَقُدَّامًا، وَخَلْفًا».

وفى الحاوى فى كتاب الوقف: أن مذهب الشافعى - رضى الله عنه -: أنهم من نسبوا إلى سكنى محلته، وسواء كان مالكًا أو مستأجرًا.

وعن بعض أصحابنا: أن الجار هو الذى يلاصق دراه.

ولو كان للموصى داران، فإن كان سكناه فيهما واحدًا، صرف إلى جيران الدارين، وإن كان سكناه فى إحداهما أكثر، كان الحكم للأكثر[٢].

فصل: وإن وصى لقراء القرآن، كان ذلك لمن يحفظ جميع القرآن. وهل يدخل فيه من يحفظ بعضه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يدخل فيه؛ لعموم قوله.

والثانى: لا يدخل فيه؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف إلا على من يحفظ جميعه.

وإن وصى للفقهاء، صرف إلى الفقهاء دون الأصوليين والنحاة، وأهل اللغة والطب. ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقه؛ لأنه لا يطلق اسم الفقيه إلا على الفقهاء.

وإن وصى إلى العلماء، صرف إلى كل عالم بأصول الشريعة وفروعها دون غيرهم.

مسألة: وإن وصى لأعقل الناس، قال الشافعى: صرف ذلك إلى أورع الناس وأزهدهم؛ لأن العقل: المنعُ، وأعقل الناس: أمنعهم عن المحارم.

قال أصحابنا: وعلى هذا القياس إذا وصى لأجهل الناس وأسفلهم، صرف ذلك

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٠٠).
(٢) ينظر: كفاية النبيه خ.

إلى من يسب الصحابة رضى الله عنهم، وإلى أهل الذمة؛ لأنهم أجهل الناس لمخالفتهم الدلائل الواضحة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى للأيتام - لم يدخل فيه من له أب؛ لأن اليتيم فى بنى آدم من فقد الأب.

ولا يدخل فيه بالغ؛ لقوله ﷺ: «لا يتم بعد الحلم» وهل يدخل فيه الغنى؟ فيه وجهان:

أحدهما: يدخل فيه؛ لأنه تيتم بفقد الأب.

والثانى: لا يدخل فيه؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف على غنى.

فإن وصى للأرامل - دخل فيه من لا زوج لها من النساء.

وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يدخل فيه؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف على الرجال.

والثانى: يدخل فيه؛ لأنه قد يسمى الرجل أرملًا؛ كما قال الشاعر (البسيط):

كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وهل يدخل فيه من لها مال؟ على وجهين؛ كما قلنا فى الأيتام.

(فصل) وإن وصى للشيوخ - أعطى من جاوز الأربعين.

وإن وصى للفتيان والشباب - أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين.

وإن وصى للغلمان والصبيان - أعطى من لم يبلغ؛ لأن هذه الأسماء لا تطلق فى العرف إلا على ما ذكرناه.

(الشرح) حديث «لا يتم بعد الحلم» أخرجه أبو داود[١]، والطحاوى فى مشكل الآثار[٢]، والبيهقي[٣] من حديث على، وفى إسناده عبد الله بن خالد بن سعيد وأبوه وهما مجهولان وقال الحافظ فى التلخيص[٤]: وقد أعله العقيلى وعبد الحق وابن القطان والمنذرى.

---

(١) (٣/ ١١٥) كتاب الوصايا، باب: ما جاء متى ينقطع اليتم حديث (٢٨٧٣).

(٢) (١/ ٢٨٠).

(٣) (٧/ ٥٧).

(٤) (٣/ ٢١٧).

وله طريق آخر:

أخرجه الطبراني في الصغير[١]، والخطيب في تاريخ بغداد[٢] من طريق محمد بن عبيد بن ميمون: ثنى أبي عن محمد بن جعفر عن موسى بن عقبة عن أبان بن ثعلب عن إبراهيم النخعي عن علقمة بن قيس عن علي مرفوعًا: «لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد احتلام».

قال الهيثمي[٣]: رجاله ثقات وقد مر في كتاب الرضاع.

وللحديث شاهد من حديث جابر:

أخرجه الطيالسي[٤] من حديثه بلفظ: «لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد الحلم» وإسناده ضعيف جدًا.

وفي الباب - أيضًا - حديث حنظلة بن حنيفة عن جده، أخرجه الطبراني في الكبير[٥] وقال الحافظ في التلخيص[٦]: وإسناده لا بأس به. اهـ.

وحديث علي بالشواهد صحيح، إن شاء الله.

قوله: «قال الشاعر..» البيت من بحر البسيط، وهو لجرير بن عطية بن حذيفة الخطفي، كما في لسان العرب[٧] ومقاييس اللغة[٨] لأبي الحسين بن فارس، وكذا هو أيضًا في مجمله[٩]، وذكره الخليل بن أحمد في كتابه العين[١٠]، والزمخشري في أساس البلاغة[١١]، والزبيدي في تاج العروس[١٢].

الأحكام: إن أوصى للأيتام، صُرف إلى الصغار الفقراء ممن لا أب لهم؛ لقوله ﷺ: «لَا يُتْمَ بَعْدَ الْحُلُمِ».

---

(١) (١/ ٩٦).
(٢) (٥/ ٢٩٩).
(٣) (٤/ ٣٣٤).
(٤) (١٦٧٧).
(٥) (٤/ ١٤) رقم (٣٥٠٢).
(٦) (٣/ ٢١٨).
(٧) (رمل).
(٨) (٢/ ٤٤٢).
(٩) (٢/ ٤٢٢)، وقال: محقق المجمل: إن البيت في ديوانه ص٣١٦.
(١٠) (٨/ ٢٦٦).
(١١) (رمل).
(١٢) (رمل).

ولأن اليُتم فى بنى آدم: فقد الأب، وفى البهائم: فقد الأم.

وهل يدخل فيه من كان صغيرًا غنيًّا لا أب له؟ فيه وجهان:

أحدهما: يدخل فيه؛ لأنه يتيم بفقد الأب.

والثانى: لا يدخل فيه؛ لأن هذا الاسم لا يطلق فى العادة إلى على الفقير الصغير الذى لا أب له.

فرع: وإن وصى للأرامل، دخل فيه كل امرأة فقيرة لا زوج لها.

وهل يدخل فيه من لا زوج لها إذا كانت غنية؟ على الوجهين فى الصغير الغنى.

وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يدخل؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف على الرجال.

والثانى: يدخل فيه؛ لأنه قد يسمى من لا زوجة له من الرجال أرمل.

فصل: وإن وصى للشيوخ، أُعطى من جاوز الأربعين سنة. وإن وصى للفتيان والشباب، أُعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين. وإن وصى للغلمان والصبيان، أُعطى من لم يبلغ؛ لأن هذه الأسماء لا تطلق إلا على من ذكرناه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى للفقراء - جاز أن يدفع إلى الفقراء والمساكين.

وإن وصى للمساكين، جاز أن يدفع إلى المساكين والفقراء؛ لأن كل واحدٍ من الاسمين يطلق على الفريقين.

وإن وصى للفقراء والمساكين، جمع بين الفريقين فى العطية؛ لأن الجمع بينهما يقتضى الجمع فى العطية؛ كما قلنا فى آية الصدقات.

وإن وصى لسبيل الله - تعالى - دفع إلى الغزاة من أهل الصدقات؛ لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم فى عرف الشرع.

فإن وصى للرقاب، دفع إلى المكاتبين؛ لأن الرقاب فى عرف الشرع اسم للمكاتبين.

وإن وصى لأحد هذه الأصناف، دفع إلى ثلاثةٍ منهم؛ لأنه قد ثبت لهذه الألفاظ عرف الشرع فى ثلاثةٍ، وهو فى الزكاة؛ فحملت الوصية عليها.

فإن وصى لزيدٍ والفقراء، فقد قال الشافعى - رحمه الله -: هو كأحدهم؛ فمن أصحابنا من قال: هو بظاهره، أنه يكون كأحدهم؛ يدفع إليه ما يدفع إلى أحدهم؛

لأنه أضاف إليه وإليهم، فوجب أن يكون كأحدهم.

ومنهم من قال: يصرف إلى زيدٍ نصف الثلث، ويصرف النصف إلى الفقراء؛ لأنه أضاف إليه وإليهم - فوجب أن يساويهم.

ومنهم من قال: يصرف إليه الربع، ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء؛ لأن أقل الفقراء ثلاثة، فكأنه وصى لأربعةٍ، فكان حق كل واحدٍ منهم الربع.

وإن وصى لزيدٍ بدينارٍ، وبثلثه للفقراء وزيد فقير - لم يعط غير الدينار؛ لأنه قطع الاجتهاد في الدفع بتقدير حقه في الدينار.

(الشرح) الأحكام: إن وصى لفقراء بلده استحب أن يعمهم؛ ليعم الفضل ويشمل، ويصرف لكل منهم قدر كفايته إن أمكن، ويجوز أن يصرف للمساكين كما يجوز أن يصرف ما وصى به للمساكين إلى الفقراء.

وحكى ابن الصباغ عن أبي إسحاق المروزي حكاية قول[1]: أنه يجوز صرف ما وصى به للمساكين إلى الفقراء دون العكس؛ لأن الفقير أشد حالا من المسكين. والأصح الأول.

فإن اقتصر على ثلاثة جاز[2]، إذا لم يكن فقراء البلد محصورين؛ لأن عرف الشرع ثبت كذلك في الزكاة[3]، فحملت الوصية عليها، فلو لم يكن في البلد فقير ولا مسكين، لغت الوصية، قاله القاضي الحسين.

أما إذا كان الفقراء محصورين اشترط استيعابهم والتسوية بينهم، واشترط قبولهم؛ ذكره في التهذيب وغيره، وعلى ذلك ينطبق قول الماوردي: إنه لو أوصى إلى أهل بلد: فإن كان صغيرًا جاز، ووجب تعميمهم، وإن كان كبيرًا: كالبصرة، فهو كالوصية للقبيلة الكبيرة - وسيأتي - ولو أوصى بثلثه للفقراء صرف إلى فقراء بلده.

وهل ذلك على سبيل الإيجاب[4] أو الاستحباب؟ فيه خلاف مرتب على نقل

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٦/ ١٧٠)، الأم (٤/ ٢٢)، مغني المحتاج (٣/ ٦١).

(٢) ينظر: البدائع (٧/ ٣٤٤)، تكملة فتح القدير (١٠/ ٤٥٢)، المغني لابن قدامة (٦/ ٥٥٧).

(٣) ينظر: العناية بهامش الفتح (١/ ٤٨١)، مراقي الفلاح ص (١٢١)، الدر المختار (٢/ ٢)، اللباب (١/ ١٣٩)، الشرح الكبير (١/ ٤٣٠)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢)، كشاف القناع (٢/ ١٩١).

(٤) ينظر: المنهاج (١/ ٤١)، الفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٨١).

الصدقة، وأولى بالجواز؛ وهذه طريقة الماوردى والغزالى وغيرهما، وأطلق القاضى الحسين الخلاف من غير ترتيب، والقاضى أبو الطيب قال: يجب الصرف إليهم كما فى الزكاة، وهو الذى حكاه البندنيجى عن نص الشافعى رضى الله عنه.

وعلى هذا يجب أن يكون قوله: أوصيت للفقراء بمائة، كقوله: أوصيت لفقراء هذه البلدة.

وقد أشار إلى ذلك الرافعى[1]، وعضده بأن الأستاذ أبا منصور ذكر فى الوصية للغارمين: أن يعطى ثلاثة منهم؛ إن كانوا غير محصورين، وإن كانوا محصورين استوعبوا، فإن اقتصر على ثلاثة منهم فتجزئه أو يضمن حصة الباقين؟ جعله على جوابين. إن قلنا بالثانى فالحساب على قدر ديونهم أو على عدد رءوسهم؟ فيه وجهان.

فرع: لو دفع الوصية إلى شخصين من الفقراء، ضمن نصيب الثالث، وفيه الخلاف المذكور فى الزكاة[2]، والمنصوص عليه فى الأم فى هذه المسألة - كما قال الماوردى -: أنه يضمن الثلث.

قال القفال: ولا يجوز للوصى أن يدفع ما يغرمه للفقير نفسه، بل يدفعه إليالحاكم؛ ليدفعه إليه، فإن دفعه إليه بنفسه لم يبرأ، وإن أمره الحاكم بدفعه إلى فقير فدفعه إليه برئ[3].

فرع: وإن وصى للرِّقاب، صرف إلى المكاتبين. وإن وصى لسبيل الله، صرف إلى الغزاة من أهل الصدقات؛ لأنه المفهوم من عرف الشرع؛ فحمل عليه.

وأقل من يجوز الصرف لهم ثلاثة.

ولو لم يكن فى الدنيا مكاتب حَكَى القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن الشافعى: أنه يوقف الثلث؛ لجواز أن يكاتب عبيدًا بعد ذلك؛ فيدفع إليهم.

وأبدى فى البحر احتمالا فى بطلان الوصية، وكلامه يفهم أن الاحتمال لأبى الطيب.

---

(١) ينظر: الدر المختار (٢/ ٩٣ - ٩٥)، فتح القدير (٢/ ٢٨)، القوانين الفقهية ص (١١١)، الشرح الصغير (١/ ٦٦٧) .
(٢) ينظر حاشية الباجورى (١/ ٢٩١ - ٢٩٤)، مغنى المحتاج (٣/ ١٠٦ - ١١٢) .
(٣) ينظر: كفاية النبيه خ .

مسألة: إذا قال: أعتقوا بثلثى رقابا، فإن كان ثلث ماله يبلغ ثمن ثلاث رقاب اشتروا وأُعتقوا، وإن كان لا يبلغ إلا ثمن رقبتين اشتريتا وأعتقتا، وإن كان يبلغ ثمن رقبتين ويفضل: فإن كان الفاضل لا يبلغ أن يشترى الوارث به شقصًا من رقبة، وأمكن أن يشترى رقبتين عاليتين - فعل، فإن فضل عن ثمن أعلى رقبتين شىء بطلت الوصية فيه، وفيه وجه: أنه يوقف إلى أن يوجد شقص يشترى به.

وإن لم يمكن أن يشترى بجميع الثلث رقبتين عاليتين، وأمكن أن يشترى به رقبتين وشقصا من رقبة - فعل، وفيه وجه: أنه لا يشترى، وتبطل الوصية بتلك الزيادة، وهذا يحكى عن أبى إسحاق، وجعله الغزالى أظهر.

وإن أمكن الأمران جميعًا، فأيهما يفعل؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبى إسحاق، والأظهر عند الغزالى: أنه يشترى به شقصًا من آخر.

والثانى - وبه قال ابن سريج، وهو الأظهر عند عامة الأصحاب، وظاهر النص: أنه يشترى به رقبتين نفيستين[1].

فرع: وإن أوصى بالثلث لزيد وللفقراء، فهوكأحدهم؛ لأنه ألحقه بهم فى الإضافة، وذلك يقتضى التسوية، وهذا نصه هاهنا حيث قال: القياس: أنه كأحدهم.

قال الرافعى: وأراد القياس على ما إذا أوصى لزيد وأولاد عمرو؛ فإن زيدًا يكون كأحدهم.

وقد اختلف الأصحاب فى قوله: كأحدهم، على أوجه:

أحدها: أن يعطى سهمًا من سهام القسمة، فإن قسم المال على أربعة من الفقراء دفع إليه الخمس، وإن قسمه على خمسة دفع إليه السدس، وعلى هذا القياس، وهذا تقرير الأستاذ أبى منصور، وقال البندنيجى: إنه المذهب.

والثانى: أنه كأحدهم بمعنى: أنه رابعهم؛ لأن أقل ما يجوز أن يصرف إليه من الفقراء ثلاثة أسهم؛ فيدفع إليه الربع، والباقى يصرف للفقراء بالتساوى أو التفاضل كما يراه، وهذا ذكره فى الإفصاح.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

والثالث: أنه يكون كأحدهم: بمعنى أنه يعطى جزءًا وإن قل. قال فى البحر: وهذا ظاهر كلام الشافعى - رضى الله عنه -، وأبى إسحاق، وهو الصحيح، ويكون فائدة ذكره: أنه لا يحرم، وأن يعطى وإن كان غنيًا. ويجوز أن يعطى ثلثه إلى ثلاثة منهم، وزيد أحدهم. انتهى.

وما ذكره آخرًا يفهم جواز دفع الثلث إلى ثلاثة، زيد أحدهم وإن كان غنيًا، وهو ما صرح به القاضى أبو الطيب فى تعليقه، وأفهمه كلام ابن الصباغ حيث قال: وينبغى أن يقال: إذا كان غنيًا لا يجوز أن يكون من جملة من يقتصر عليه من الفقراء؛ فيكون ثلاثة غيره، وهذا ما جزم به فى الحاوى، وأسقط هذا القول فى حال غنى زيد؛ ولأجل ذلك قال صاحب البحر: وقد قيل: إن كان غنيًا لا يجوز أن يجعل كأحدهم؛ لأن مخالفته فى صفتهم تقتضى مخالفته فى حكمهم.

وعلى هذا ينطبق ما قاله المتولى: إنه يصرف إليه الثلث إن كان فقيرًا، والربع إن كان غنيًا.

وعلى ما حكاه القاضى أبو الطيب: أنه لا فرق بين الغنى والفقير، وعلى هذا القول يكون له الثلث، وكذلك صرح به.

وقيل: يدفع إليه نصف الثلث، كما لو أوصى لزيد وعمرو وللفقراء والمساكين، فإنه يقسم بين النوعين نصفين.

وقد روى أبو عبد الله فى شرح التلخيص هذين القولين منصوصين؛ لأنه نص فى كتاب اليمين مع الشاهد: أنه كأحدهم، ثم قال: وقد قيل: إنه له النصف.

وغيره نسب القول الثانى إلى أبى إسحاق.

وعن البندنيجى: أنه حكى عن أبى إسحاق أنه قال فى الدرس: إن كان زيد فقيرًا فهو كأحدهم، وإلا فله النصف.

وهذا كله إذا لم يصف زيدًا بالفقر، أما إذا قال: لزيد الفقير وللفقراء، أجرى الخلاف فيما لزيد إن كان فقيرًا.

ومنهم من خصّص الخلاف بهذه الحالة، وبقى القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق، وإن كان غنيًا لم يصرف إليه شىء، ويصرف للفقراء؛ إن قلنا: إنه كأحدهم، وإلا فهو لورثة الموصى.

ولو وصف زيدًا بغير صفة الجماعة، فقال: لزيد الكاتب وللفقراء، فعن الأستاذ

أبى منصور أن له النصف قولا واحدًا.

وفى الزوائد حكايةً عن الشيخ أبى حامد فى الشرح روايةُ وجه: أنه إذا أوصى لزيد وللفقراء، كانت الوصية لزيد باطلة؛ لجهل القدر الذى يصرف إليه.

فرع: لو أوصى لزيد وللفقراء والمساكين، فإن جعلناه فيما تقدم كأحد الفقراء، فكذلك هاهنا. وإن جعلنا له النصف، فله هاهنا الثلث. وإن جعلنا له ثمَّ الربع، فله هاهنا السبع.

ولو كان له ثلاث أمهات أولاد، فأوصى بثلث ماله لهن، وللفقراء والمساكين - فالمذهب: أن لكل صنف ثلث الثلث.

وفى التتمة: أنه حكى عن أبى على الثقفى من أصحابنا: أنه يقسم الثلث على خمسة، ولو أوصى لزيد بدينار وبثلث ماله للفقراء وزيد فقير - لم يجز أن يعطى غير الدينار، وبه جزم فى الحاوى.

وفى البحر وجه آخر عن رواية الحناطى: أنه يجوز أن يجمع له بين ما أوصى له به وبين شىء آخر من الثلث[1].

قال المصنف رحمه الله تعالى.

(فصل) وإن وصى لقبيلةٍ عظيمةٍ؛ كالعلويين، والهاشميين، وطيئ، وتميمٍ - ففيه قولان:

أحدهما: أن الوصية تصح، وتصرف إلى ثلاثةٍ منهم؛ كما قلنا فى الوصية للفقراء.

والثانى: أن الوصية باطلة؛ لأنه لا يمكن أن يعطى الجميع، ولا عرف لهذا اللفظ فى بعضهم؛ فبطل بخلاف الفقراء؛ فإنه قد ثبت لهذا اللفظ عرف، وهو فى ثلاثةٍ فى الزكاة.

(فصل) وإن أوصى أن يضع ثلثه حيث يرى - لم يجز أن يضعه فى نفسه؛ لأنه تمليك ملكه بالإذن، فلم يملك من نفسه؛ كما لو وكله فى البيع.

والمستحب أن يصرفه إلى من لا يرث الموصى من أقاربه، فإن لم يكن له أقارب - صرف إلى أقاربه من الرضاع.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

فإن لم يكونوا - صرف إلى جيرانه؛ لأنه قائم مقام الموصى، والمستحب للموصى أن يضع فيما ذكرناه، فكذلك الوصى.

(الشرح) الأحكام: إن وصى لقبيلة لا ينحصر عددهم: كبنى بكر، وبنى تميم - ففيه قولان:

أحدهما: تصح الوصية، ويجوز أن يصرف إلى ثلاثة منهم فما زاد، كما قلنا فى الوصية للفقراء.

والثانى: لا تصح الوصية لهم؛ لأنه لا يمكن حصرهم ولا عرف لما يعطى منهم فى الشرع، بخلاف الفقراء.

وإن وصى لزيد ولبنى تميم: فإن قلنا: إن الوصية لبنى تميم تصح، ففى قدر ما يستحقه زيد معهم الأوجه التى ذكرناها فى الوصية لزيد وللفقراء.

ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: إنه كأحدهم، بطلت الوصية له هاهنا؛ لأنه لا يعرف عددهم الذين يضم إليهم، فلا يعرف قدر نصيبه. وليس بشىء؛ لأنه يُعلم أنه أوصى له بشىء فى الجملة وإن لم يعرف، فهو كما لو أوصى له بشىء من ماله.

وإن قلنا: لا تصح الوصية لبنى تميم، ففى قدر ما يستحقه زيد الأوجه فى الوصية له وللفقراء، وما زاد على ذلك يرجع إلى الورثة.

فرع: وإن قال: أوصيت بثلث مالى، وأطلق، صح ذلك، وصرف إلى الفقراء والمساكين؛ لأن المعهود فى الشرع أن الصدقات لهم، فحمل مطلق كلام الآدمى عليه.

فصل: قال الشافعى فى «الأم»: إذا قال للوصى: ضع ثلثى فيمن يريك الله، أو حيث ترى، أو فيما يقربنى إلى الله، أو فى جهة البر وجهة الثواب - صرف ذلك إلى الفقراء والمساكين؛ لأن ذلك جهة البر والثواب.

ويستحب أن يقدم فى ذلك من لا يرث الموصى من أقاربه وذوى رحمه؛ لقوله ﷺ: «صَدَقَتُكَ عَلَى ذِى رَحِمِكَ: صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ»[1].

---

(١) تقدم.

فإن لم يكن له ذو رحم من النسب، فمن الرضاع؛ لقوله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»[١].

فإن لم يكن له ذلك، فإلى جيران الموصى؛ لما روى أن النبى ﷺ قال: «مَا زَالَ جِبْرِيلُ يُوْصِينِى بِالْجَارِ حَتَّى خَشِيتُ أَنَّهُ سَيُوَرِّثُهُ».

ولو دفعه الوصى إلى من يرث الموصى، لم يصح؛ لأن الوصية للوارث لا تصح.

ولا يجوز للوصى أن يضعه فى نفسه، كما لو وكله فى البيع، لم يجز أن يبيع من نفسه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى بالثلث لزيدٍ ولجبريل - كان لزيدٍ نصف الثلث، وتبطل فى الباقى.

فإن وصى لزيدٍ وللرياح - ففيه وجهان:

أحدهما: أن الجميع لزيدٍ؛ لأن ذكر الرياح لغو.

والثانى: أن لزيدٍ النصف، وتبطل الوصية فى الباقى؛ كالمسألة قبلها.

فإن قال: ثلثى لله ولزيد - ففيه وجهان:

أحدهما: أن الجميع لزيدٍ، وذكر الله - تعالى - للتبرك؛ كقوله - تعالى -: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١].

والثانى: أنه يدفع إلى زيدٍ نصفه، والباقى للفقراء؛ لأن عامة ما يجب لله - تعالى - يصرف إلى الفقراء.

(الشرح) الأحكام: ولو أوصى بثلث ماله لحى وميت - ولجبريل والملائكة والشياطين والحائط والرياح، أو لمن يملك ولمن لا يملك - فالوصية للميت باطلة[٢]، وفيما يملكه الحى وجهان:

أحدهما: جميع الثلث.

والثانى: إن كان المسمى معه ميتًا أو جبريل أو حائطًا، فله نصف الثلث،

---

(١) سيأتى فى باب ما يحرم من النكاح.

(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٦٢)، نهاية المحتاج (٦/ ٨٠)، الروضة (٦/ ١٨٥).

وإن كان المسمى معه الملائكة أو الشياطين أو الرياح، فله النصف أو الربع أو للوصى أن يعطيه أقل مما يتمول؛ على الخلاف المذكور فيما إذا أوصى لزيد وللفقراء.

وفى الحاوى: الجزم بأنه إذا أوصى له ولجبريل: أنه لا يستحق إلا نصف الثلث والنصف للورثة.

وفيما إذا أوصى بثلثه لزيد والملائكة وجهان:

أحدهما: لزيد نصف الثلث.

والثانى: لزيد الربع ويرد الباقى إلى الورثة.

وفيما إذا أوصى لزيد والشياطين ثلاثة أوجه:

أحدها: جميع الثلث.

والثانى: النصف.

والثالث: الربع، ويرد الباقى على الورثة.

وفيما إذا أوصى بثلثه لزيد والرياح، كان فيما لزيد وجهان:

أحدهما: جميع الثلث.

والثانى: النصف.

ولو أوصى بثلثه لله - تعالى - ولزيد، فوجهان:

أحدهما: أن جميع الثلث لزيد.

والثانى: لزيد نصف الثلث، وفى النصف الآخر وجهان فى الحاوى:

أحدهما: يصرف فى سبيل الله وهم الغزاة.

والثانى: فى الفقراء والمساكين.

وحكى الرافعى عن الأستاذ أبى منصور أنه قال: يصرف فى سبيل الله، وفى وجوه القرب.

وعن ابن القاصّ: أن النصف يرجع إلى ورثة الموصى.

ولو أوصى لزيد ولحمار عمرو بالثلث، قال ابن أبى أحمد: كان النصف لزيد، وأما النصف المسمى للحمار، فينظر: إن قصد تمليك الحمار، فالوصية به باطلة. وإن أطلق ومات قبل البيان، سئل ورثته، فإن قالوا: أراد بها تمليك الحمار،

فالوصية باطلة، والقول قولهم مع أيمانهم. وإن قالوا: أوصى به؛ ليتملكه ربه، ويصرفه فى غلته والإنفاق عليه - جازت الوصية؛ إذا قبلها صاحبه بعد موت الموصى، وينفق عليها الوصى إن كان له وصى، وإن لم يكن، فصاحب الدابة. وإن قالوا: لا ندرى، حلفوا أنهم لا يعلمون ذلك، وبطلت الوصية.

وفى الرافعى حكاية وجه: فيما إذا أوصى لبهيمة، وصرح بأن الموصى به يصرف فى علفها -: أنه لا يشترط القبول، ووجهه: أنه إذا قبل مالكها لا يجب عليه صرف ذلك إلى علفها.

إذا ثبت هذا: فإن قلنا بوجوب صرفه، وهو الذى يقتضى إيراد الماوردى ترجيحه، فيتولى الإنفاق عليها الوصى، فإن لم يكن فالقاضى أو أمين بأمره[1].

فرع: قال أبو على السنجى: إذا قال: وقفت أرضى هذه على المسجد أو على الكعبة، سُئل، فإن قال: أردت على عمارتها، صح. وإن قال: أردت أن تكون المنافع ملكًا للمسجد أو للكعبة، أو قال: لا نية لى - لم تصح؛ لأن المسجد والكعبة لا يملكان.

وإن مات قبل أن يبين، رجع إلى ورثته، وإذا صحت الوصية للكعبة، صرف إلى عمارتها.

وقال أبو حنيفة: تصرف إلى مساكين مكة، وهو وجه لبعض أصحابنا الخراسانيين.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى لحمل امرأةٍ، فولدت ذكرًا وأنثى - صرف إليهما، وسوى بينهما؛ لأن ذلك عطية؛ فاستوى فيه الذكر والأنثى.

وإن وصى إن ولدت ذكرًا، فله ألف، وإن ولدت أنثى، فلها مائة، فولدت ذكرًا، وأنثى استحق الذكر الألف، والأنثى المائة.

فإن ولدت خنثى - دفع إليه المائة؛ لأنه يقين، ويترك الباقى إلى أن يتبين.

فإن ولدت ذكرين أو أنثيين - ففيه ثلاثة أوجهٍ:

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .

أحدها: أن الوارث يدفع الألف إلى من يشاء من الذكرين والمائة إلى من يشاء من الأنثيين؛ لأن الوصية لأحدهما؛ فلا تدفع إليهما والاجتهاد فى ذلك إلى الوارث؛ كما لو أوصى لرجلٍ بأحد عبديه.

والثانى: أنه يشترط الذكران فى الألف والأنثيان فى المائة؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر؛ فسوى بينهما.

ويخالف العبد؛ فإنه جعله إلى الوارث وههنا لم يجعله إلى الوارث.

والثالث: أنه يوقف الألف بين الذكرين والمائة بين الأنثيين إلى أن يبلغا ويصطلحا؛ لأن الوصية لأحدهما؛ فلا يجوز أن تجعل لهما، ولا خيار للوارث، فوجب التوقف.

فإن قال: إن كان ما فى بطنك ذكرًا، فله ألف، وإن كان أنثى، فله مائة فولدت ذكرًا، وأنثى - لم يستحق واحد منهما شيئًا؛ لأنه شرط أن يكون جميع ما فى البطن ذكرًا أو جميعه أنثى، ولم يوجد واحد منهما.

(الشرح) الأحكام: قد قدمنا آنفًا القول فى الوصية للحمل، وبينا متى تصح الوصية له، ومتى لا تصح، فكل موضع صححنا الوصية فيه للحمل: فإن ولدت ذكرًا أو أنثى، أُعطى ذلك كله.

وإن ولدت ذكرين أو أنثيين أو ذكرًا وأنثى، صرف إليهما بالسوية؛ لأنها عطية فلم يفضل الذكر فيها على الأنثى، كما لو وهب لهما.

وهكذا: إن ولدت ذكرًا وأنثى وخنثى، صرفت الوصية إليهم أثلاثًا؛ لما ذكرناه.

وإن قال: إن ولدت هذه المرأة ذكرًا فله ألف، وإن ولدت أنثى فلها مائة: فإن ولدت ذكرًا، كان له ألف، وإن ولدت أنثى، كان لها مائة، وإن ولدت خنثى، استحق المائة؛ لأنه يقين، ووقف ما زاد على المائة إلى الألف، فإن تبين أنه امرأة لم يستحقه، وإن تبين أنه رجل، استحقه.

وإن ولدت ذكرًا وأنثى، استحق الذكر الألف، والأنثى المائة.

وإن ولدت ذكرين أو أنثيين، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن الذكرين يشتركان فى الألف، والأنثيين تشتركان فى المائة؛ لأنه

ليس أحدهما بأولى من الآخر.

والثانى: أن الوصى يدفع الألف إلى من شاء من الذكرين، والمائة إلى من شاء من الأنثيين؛ لأنه جعله لأحدهما، ولا مزية لأحدهما على الآخر، فخير بينهما.

والثالث: يوقف الألف بين الذكرين، والمائة بين الأنثيين إلى أن يصطلحا؛ لأنه لا يجوز أن يجعل لأحدهما بعينه؛ لأنه لا يتعين، ولا يجوز أن يجعل بينهما؛ لأن الموصى جعله لأحدهما، ولا يجوز أن يختار الوصى أحدهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر؛ فلم يبق إلا أن يوقف بينهما إلى أن يصطلحا.

وإن ولدت ذكرًا وأنثى وخنثى:

فإن قلنا فى التى قبلها بالاشتراك، لم يمكن أن يشارك الخنثى الذكر؛ لجواز أن تكون امرأة، ولا يجوز أن يشارك الأنثى؛ لجواز أن يكون رجلا.

قال القاضى أبو الفتوح: فيحتمل أن يقال هاهنا بالوقف، ويحتمل أن يقال: يُعطى الذكر الألف والأنثى المائة، ولا يُعطى الخنثى شيئًا.

وإن قلنا فى التى قبلها: إن الوصى بالخيار، فلا يمكن أن يعطى الخنثى الألف ولا المائة؛ لأنه لا يتيقنُ حاله، ولكن يدفع الألف إلى الذكر، والمائة إلى الأنثى.

وإن قلنا فى التى قبلها بالوقف، وقف الألف والمائة بينهم إلى أن نتبين حال الخنثى: فإن بان امرأة، دفع الألف إلى الذكر، ووقف المائة بين الأنثيين إلى أن يصطلحا عليها. وإن بان أنه رجل، دفعت المائة إلى الأنثى، ووقف الألف بين الذكرين إلى أن يصطلحا عليه.

فرع: وإن قال لامرأة: إن كان حملك ذكرًا، فله ألف، وإن كان أنثى، فلها مائة. أو قال: إن كان ما فى بطنك ذكرًا - أو إن كان الذى فى بطنك ذكرًا - فله ألف، وإن كان أنثى، فلها مائة: فإن ولدت ذكرًا، كان له ألف. وإن ولدت أنثى، كان لها مائة.

وإن ولدت خنثى، ففيه وجهان، خرجهما القاضى:

أحدهما: له المائة؛ لأنها يقين.

والثانى: لا شىء له؛ لأنه ليس بذكر ولا أنثى.

وإن ولدت ذكرًا وأنثى، أوذكرين، أو أنثيين، أو ذكرًا وخنثى، أو أنثى وخنثى،

أو خنثيين - لم يستحق واحد منهما فى هذه المسائل شيئًا؛ لأنه شرط أن يكون جميع حملها، أو جميع ما فى بطنها ذكرًا أو أنثى، ولم يوجد ذلك.

مسألة: إذا أوصى لعقب زيد، فمات الموصى وزيد حى، ثم مات زيد - كانت الوصية لولده.

وإن وصى لأولاد زيد، صرف إلى أولاده الموجودين يوم عقد الوصية، دون من يولد بعده.

وقال أبو حنيفة: يصرف إلى الموجودين يوم موت الموصى.

وقيل: إنه قول لنا.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن أوصى لرجلٍ بسهمٍ، أو بقسطٍ، أو بنصيبٍ، أو بجزءٍ من ماله - فالخيار إلى الوارث فى القليل والكثِير؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل فى القليل والكثير.

(الشرح) **الأحكام:** إذا أوصى رجل لرجل بنصيب من ماله، أو بحظ أو بقسط أو بجزء أو بقليل أو كثير - فإن شيئًا من هذه الألفاظ لا يقدر بشىء مملوك، بل أى شىء أعطاه الوارث جاز؛ لأنه ليس له حد معلوم فى اللغة ولا فى الشرع، وهذا لا خلاف فيه.

وأما إذا أوصى له بسهم من ماله: فعندنا لا يتقدر ذلك بشىء معلوم، بل أى شىء أعطاه الوارث قُبل منه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع إليه مثل نصيب أقل ورثته نصيبًا، ما لم يكن نصيب أقل ورثته أقل من الثلث، فإن كان أقل من الثلث، أعطى الثلث.

وعن أبى حنيفة روايتان:

إحداهما: أن له مثل أخسِّ ورثته نصيبًا، ما لم يكن أقل من السدس، فإن كان أقل من السدس، أُعطى السدس.

والثانية: أن له مثل أخسِّ ورثته نصيبًا، ما لم يزد على السدس، فإن زاد على السدس، كان له السدس.

دليلنا: أن السهم لا يتقدر فى اللغة ولا فى الشرع بشىء معلوم؛ ولهذا يقال: له فى هذه الدار سهم، وقد يكون قليلا، وقد يكون كثيرًا، فهو كما لو أوصى له بحظ أو نصيب من ماله.

وقال فى الكفاية شرح التنبيه: وإن قال: أعطوه جزءًا من مالى أو سهمًا من مالى، أعطى أقل جزء؛ لأن ذلك لا حد له فى اللغة ولا فى الشرع، فأجزأ الأقل؛ لأنه المحقق.

وهكذا لو قال: أعطوه قسطًا من مالى، أو نصيبًا من مالى، أو حظًا من مالى، أو قليلا أو كثيرًا من مالى.

وعن ابن سريج إبداء احتمال فيما إذا قال: أعطوه سهمًا من مالى: أنه يعطى أقل الأمرين من نصيب أحد الورثة أو الثلث كما رواه أبو الفرج البزاز، وعلى المذهب: المرجع إلى تعيين الوارث، فإن ادعى الموصى له أن الموصى أراد شيئًا مقدرًا، وأن الوارث يعرفه، حلف الوارث - إن أنكر - على نفى العلم بإرادة الزيادة؛ كما ذكره الأستاذ أبو منصور والحناطى والمسعودى وغيرهم.

وإن لم يدع علم الوارث به، لم تسمع الدعوى.

قال القاضى الحسين: لأنه لو أقر بجهالته سقطت الدعوى.

وفى التهذيب: أنه لا يتعرض للإرادة، وإنما يحلف: إنه لا يعلم استحقاقه الزيادة.

ولو ادعى الوارث أن عنده ما أوصى به مورثه ولم يبين، قال فى البحر: وجهان؛ بناء على القولين إذا أقر بمجمل ولم يبين.

أحدهما: يحبس حتى يبين.

والثانى: يرجع إلى بيان الموصى له.

مسألة: لو قال: أعطوه ثلث مالى إلا شيئًا، فللوارث أن يعطيه أقل ما يتمول.

وعن الأستاذ أبى منصور: أن هذه الوصية وصية بنصف الثلث وشىء، وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالى إلا قليلا، والمشهور الأول[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطى مثل نصيب أقلهم نصيبًا؛ لأنه نصيب أحدهم.

فإن وصى له بمثل نصيب ابنه، وله ابن - كان ذلك وصيةً بنصف المال؛ لأنه

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

يحتمل أن يكون قد جعل له الكل، ويحتمل أنه جعله مع ابنه فلا يلزمه إلا اليقين، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه، ولا توجد التسوية إلا فيما ذكرناه. فإن كان له ابنان، فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه - جعل له الثلث.

وإن وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية؛ لأن نصيب الابن للابن، فلا تصح الوصية به؛ كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث.

ومن أصحابنا من قال: يصح، ويجعل المال بينهما؛ كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه.

فإن وصى له بمثل نصيب ابنه، وله ابن كافر أو قاتل - فالوصية باطلة؛ لأنه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له، فأشبه إذا وصى بمثل نصيب أخيه وله ابن.

(الشرح) الأحكام: إن قال: أعطوه مثل نصيب أحد ورثتي، أعطى مثل نصيب أقلهم؛ لأنه نصيب وهو متحقق، والزائد مشكوك فيه.

مثال ذلك: إن كان له ابنان وبنت، أعطى مثل نصيب بنت؛ فيجعل كأن للميت ابنان وبنتان؛ فتكون المسألة من ستة: للموصى له سهم، وللبنت سهم، ولكل واحد من الابنين سهمان.

ولو كان له بنت وبنت ابن وأخت، أعطى مثل نصيب بنت الابن وهو سدس؛ فتكون المسألة من ستة، وتعول إلى سبعة: للبنت: ثلاثة، ولبنت الابن: سهم، وللأخت: سهمان، وللموصى له سهم.

ولو كان معهم زوجة، أعطى مثل نصيبها، وتكون المسألة من أربعة وعشرين، وينضاف إليها نصيب زوجة، وهو ثلاثة، تبلغ سبعة وعشرين: للبنت اثنا عشر، ولبنت الابن أربعة، وللزوجة ثلاثة، وللأخت خمسة، وللموصى له ثلاثة.

فلو كانت الزوجات أربعة، أعطى مثل نصيب واحدة منهن، فالمسألة من أربعة وعشرين، وتصح من ستة وتسعين، ينضاف إليها مثل نصيب زوجة - وهو ثلاثة - تبلغ تسعة وتسعين: للبنت ثمانية وأربعون، ولبنت الابن ستة عشر، وللأخت عشرون، وللزوجات اثنا عشر: لكل واحدة منهن ثلاثة، وللموصى له ثلاثة. وعلى هذا فقس.

وقال البندنيجي في هذه الصورة: إننا ننظر إلى عدد لثمنه ربع صحيح، وأقله اثنان وثلاثون، فنجعل المسألة منه، نضيف إليه مثل نصيب زوجة - وهو سهم - يبلغ ثلاثة وثلاثين، فيعطى الموصى له سهم منها. انتهى. وما قاله لا يصحح المسألة؛ لأن نصيب بنت الابن يبقى منكسرًا، وهو من مخرج السدس، وبينه وبين الاثنين والثلاثين موافقة بالنصف؛ فنحتاج لضرب ثلاثة في ثلاثة وثلاثين تبلغ تسعة وتسعين، ومنها تصح كما ذكرناه، وطريق التصحيح في مثل هذه المسائل: أن تصحح مسألة الميراث بضرب وغير ضرب، وعول وغير عول، ثم ننظر إلى أقل نصيب، فنزيد على فريضة الميراث ذلك القدر.

وهكذا يفعل إذا أوصى بمثل نصيب واحد معين.

ولو كان في مسألتنا أنصباء الورثة متساوية مثل: إن خلف ثلاثة أولاد: فلكل ابن ثلث، فتعول المسألة بالثلث، ويقسم المال عليها؛ فيعطى الموصى له الربع؛ لأنا نجعله بمنزلة ولد رابع.

وإن كان للميت أربعة أولاد: فلكل ابن ربع، فنجعل الموصى له بمنزلة ولد خامس؛ فيعطى الخمس.

ولو كانت المسألة بحالها، وأوصى له بمثل نصيب ابن خامس - لو كان - أعطى السدس، ويقسم الباقي بين الأولاد الأربعة.

وعن أبي إسحاق: أنه يعطى الخمس، ويقدر الموصى له كأنه الابن الخامس وهكذا في كل صورة من هذا النوع يفعل.

فرع: فإن قال: أعطوه مثل نصيب ابني، ولا وارث له غيره، كانت الوصية بالنصف[1]؛ لأن الوصية بمثل نصيب الابن تقتضي أن يكون النصيبان مثلين؛ فيلزم التسوية. ولأن الابن يأخذ الكل لولا الوصية، فإذا نزل الموصى له منزلته، فقد أثبت له الكل أيضًا، والمبلغ إذا عال بمثله، كان الزائد مثل المزيد عليه[2].

إذا ثبت هذا فإنه تلزم الوصية بالثلث، وتوقف الوصية بالسدس على إجازة الوارث. وبه قال أبو حنيفة.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٥٨)، تبيين الحقائق (٦/ ١٨٨)، شرح العناية (٨/ ٤٩٠)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٣).

(٢) ينظر: الكفاية خ.

وقال مالك: تكون الوصية بجميع المال؛ فتلزم فى الثلث وتوقف فى الثلثين على إجازة الوارث.

دليلنا: أن قوله: أوصيت بمثل نصيب ابنى، يحتمل أنه أراد: بمثل نصيب ابنى لو لم أوص؛ فتكون الوصية بجميع المال.

ويحتمل أنه أراد: بمثل نصيب ابنى لو كان معه وارثًا؛ فتكون الوصية بالنصف.

فإذا احتمل هذين كانت الوصية بالنصف؛ لأنه يقين.

ولأنه قد جعل لابنه نصيبًا، وهذا يقتضى اشتراكهما.

فرع: لو وصى له بمثل نصيب ابنه وابنه غير وارث؛ لرق أو غيره - فالوصية باطلة؛ لأنه لا نصيب للابن.

ولو قال: بمثل نصيب ابنى، وله ابن وبنت، فإن أجازا، قسمت التركة على خمسة: للابن سهمان، وللموصى له سهمان، وللبنت سهم.

وإن ردا، أعطى الثلث، فيقسم المال على تسعة: للموصى له ثلاثة، وللابن أربعة، وللبنت سهمان.

وإن أجاز أحدهما، ومنع الآخر، فسيأتى الكلام فى طريق تصحيح ذلك.

وقد نقل المزنى فيما إذا قال: أوصيت بمثل نصيب ابنى ولا وارث له غيره فله النصف إلا أن يجيز الوارث ذلك.

قال البندنيجى: وهو سهو فى النقل والفقه.

وإن قال: بمثل نصيب ابنى لو لم أوص لأحد، كانت الوصية بكل المال، قاله البندنيجى.

مسألة: إذا كانت له بنت وأخت لأب - أو شقيقة - فأوصى له بمثل نصيب البنت، قال فى البحر: ففى قدر ما يستحق الموصى له وجهان:

أحدهما: الربع، نصف حصة البنت؛ لأنه لما استحق مع الابن الواحد إذا أوصى له بمثل نصيبه النصف؛ لأنه نصف نصيب الابن، وجب أن يستحق مع البنت الواحدة نصف نصيبها، وهو الربع.

والثانى - وهو الأصح وبه جزم الرافعى -: أن له الثلث؛ لأنه يصير مع البنت الواحدة كبنت ثانية؛ كما يصير مع الابن الواحد كابن ثانٍ، وللواحدة من البنتين الثلث؛ فكذلك للموصى له بمثل نصيب البنت الواحدة الثلث، وهذا لو لم يرث مع

البنت والأخت غيرهما؛ لأن لكل واحدة الانفراد بالنصف، والباقى لبيت المال.

قال الرويانى: وعلى هذا لو أوصى بمثل نصيب أخ لأم، فله فى أحد الوجهين: نصف السدس، وفى الآخر: السدس. ومقتضى هذا التعليل: أنه لو أوصى بمثل نصيب ابنته وله بنتان، أن يعطى ثلث الثلثين؛ لأنه لو كان له ثلاث بنات، لكان لكل منهن ثلث الثلثين، لكن الرافعى جعل المأخذ فيما إذا أوصى بمثل نصيب ابنته ولا ابنة له سواها، أن المسألة من اثنين لو لم يكن وصية، فيزيد على الاثنين سهمًا، ويعطيه سهمًا من ثلاثة.

وأنه إذا أوصى بمثل نصيب ابنته وله ابنتان، فالوصية بالربع؛ لأن المسالة من ثلاثة لولا الوصية: لكل من البنتين سهم، فيزيد للموصى له سهمًا تبلغ أربعة.

وأنه لو أوصى بمثل نصيبهما معًا، فالوصية بخمسى المال؛ لأنها من ثلاثة، ولهما سهمان، من الثلاثة؛ فيزيد على الثلاثة سهمين تبلغ خمسة.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنته وله ثلاث بنات، فالوصية بسهمين من أحد عشر سهمًا؛ لأن المسألة تصح من تسعة لولا الوصية، ونصيب كل بنت منهن سهمان، فيزيد على التسعة سهمين تكون أحد عشر.

وعلى هذا أبدًا، وهذا مقتضى الضابط الذى ذكرناه من قبل[1].

فرع: فإن كان له ولد خنثى لا غير، فقال: أوصيت لفلان بمثل نصيب ولدى، أعطى الموصى له الثلث، والخنثى الثلث، ووقف الباقى:

فإن بان الخنثى امرأة، فقد استوفى الخنثى حقه والموصى له حقه.

وإن بان الخنثى رجلا، علمنا أن الوصية وقعت فى النصف؛ فتعتبر إجازة الابن فى السدس.

فرع: وإن قال: أوصيت له بنصيب ابنى، فقد قال أبو حنيفة: الوصية باطلة.

وقال مالك: هو كما لو قال: أوصيت له بمثل نصيب ابنى؛ فتكون الوصية عنده بجميع المال.

وليس للشافعى فيها نص. واختلف أصحابنا فيها:

فقال الشيخ أبو حامد، وأكثر أصحابنا: هو كما قال أبو حنيفة؛ لأنه أوصى له

---

(١) ينظر: الكفاية خ.

بنصيب ابنه، ونصيبه ما استحقه بوفاة أبيه، فلا تصح الوصية به، كما لو وصى بمال لابنه من غير الميراث. ويفارق إذا أوصى له بمثل نصيب ابنه؛ لأنه أوصى له بقدر نصيب ابنه.

قال الشيخ أبو حامد[١]: وليست هذه المسألة منصوصة، وهذا ما أورده ابن الصباغ، وعزاه القاضى إلى ابن القاصّ، وأنه قال: قلته تخريجًا، وحكاه الداركى عن أبى إسحاق؛ كما قاله فى البحر، ولم يحك القاضى الحسين عن العراقيين سواه[٢].

ومنهم من قال: هو كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه؛ فيكون موصيًا له بالنصف؛ لأن معناه يئول إلى معنى مثل نصيب ابنه، كما يقال للزوجة: لها مهر مثلها، ولا يكون ذلك لها، وإنما يكون لها مثل مهر مثلها.

وهذا ما أورده الأستاذ أبو منصور، واختاره القفال والقاضى الحسين والرويانى؛ كما حكاه الرافعى.

وفى التهذيب وجه أنه يكون موصى له بالكل[٣].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده، دفع إليه مثلا نصيب أحدهم؛ لأن الضعف عبارة عن الشىء ومثله، ولهذا يروى أن عمر - رضى الله عنه - أضعف الصدقة على نصارى بنى تغلب، أى: أخذ مثلى ما يؤخذ من المسلمين.

فإن وصى له بضعفى نصيب أحدهم - أعطى ثلاثة أمثال نصيب أحدهم.

وقال أبو ثورٍ: يعطى أربعة أمثاله، وهذا غلط؛ لأن الضعف عبارة عن الشىء ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارةً عن الشىء ومثليه.

(الشرح) أثر عمر «أضعف الصدقة على نصارى بنى تغلب» أخرجه أبو عبيد فى الأموال[٤]، والبيهقي[٥] وينظر تلخيص الحبير[٦].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣٥٨)، البحر الرائق (٨/ ٥٢٣)، فتح القدير (٨/ ٤٩٠).
(٢) ينظر: كفاية النبيه خ.
(٣) ينظر: كفاية النبيه خ.
(٤) ص (٤٨١) رقم (١٦٩٤).
(٥) (٩/٣١٦) كتاب: الجزية، باب: نصارى العرب تضعف عليهم الصدقة.
(٦) (٤/٣٢١).

الأحكام: إن قال: أعطوه ضعف نصيب ابنى، ولا وارث له غيره، كانت الوصية بالثلثين؛ لأن الضعف عبارة عن الشىء ومثله؛ كما قاله الفراء وأكثر أهل اللغة، ويعضده ما روى أن عمر - رضى الله عنه - صالح نصارى بنى تغلب تنوخ وبهراء على أن يأخذ منهم الجزية باسم الصدقة وأن يضاعف الجزية، فكان يأخذ منهم مثلى ما يأخذ من المسلمين، من كل مائتين عشرة دراهم، ومن كل عشرين دينارًا دينارًا، ويقال: أضعفت الثوب، إذا طويته باثنين.

فرع: وإن قال: أعطوه ضعفى نصيب ابنى، كانت الوصية بثلاثة أرباعه؛ لأن الضعف إذا كان عبارة عن الشىء ومثله، كان الضعفان عبارة عن الشىء ومثليه؛ لأن الضعف ليس شيئًا مستقلا بنفسه؛ فلا يكون اسمًا لمنقول معلوم، وإنما هو من أسماء الإضافة؛ فيقتضى أصلا ينضاف إليه؛ ألا ترى أنه يقال للضعف فى العربية: تضعيفًا؛ لما يركب منه حرفان، وانضم أحدهما إلى الآخر؟! وإذا كان كذلك، فقد وجدها ينضاف إليه؛ فلا حاجة إلى تكرار المضاف إليه.

وقال أبو ثور: تكون الوصية بأربعة أخماسه؛ لأن الضعف إذا كان عبارة عن الشىء ومثله، كان الضعفان عبارة عن أربعة أمثال الشىء، وهذا ما حُكى عن الأستاذ أبى منصور أنه قال: إنه القياس، وأنه حكى أن الموصى، لو قال: ضاعفوا لفلان ضعف نصيب ولدى، فالضعف أربعة أمثال بلا خلاف، وإنما قال الشافعى - رضى الله عنه - ما قال إذا قال الموصى: أوصيت لفلان بضعف نصيب ولدى، فإذا صرح بتضعيف الضعف، كان كل ضعف ضعفين.

وقال فى البحر: ما قاله أبو ثور لا يصح؛ لما ذكرناه؛ ألا ترى أنه لو كان معه مائة، فقال لغلامه: أضعفها، لزمه أن يزيد عليها مائة أخرى، ولو قال: أضعفها مرتين، لزمه أن يزيد عليها مائتين؟!

وعلى المذهب لو قال: ثلاثة أضعاف نصيب ابنى، أعطى أربعة أخماس المال وعلى هذا القياس[1].

إذا ثبت هذا، فقد قال العمرانى فى البيان:

وإن أوصى له بضعف نصيب أحد ورثته، أُعطى الموصى له مثلى نصيب أقل

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

الورثة نصيبًا.

فإن خلف بنتًا وبنت ابن وأختًا لأب وأم، كان لابنة الابن السدس: سهم من ستة؛ فيزاد للموصى له مثلا نصيبها - وهو سهمان - فتقسم التركة على ثمانية: للابنة ثلاثة، وللأخت سهمان، ولابنة الابن سهم، وللموصى له سهمان.

وهذا قول كافة العلماء إلا أبا عبيد القاسم بن سلام فإنه قال: الضِّعف: عبارة عن مثل الشيء مرة؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠].

فلما ثبت بالإجماع أنه أراد بذلك حدين، علم أن الضعفين عبارة عن مثلى الشيء، وأن الضعف عبارة عن مثل الشيء.

ودليلنا: ما روى: أن عمر - رضى الله عنه - أضعف الصدقة على نصارى بنى تغلب، أى: أخذ منهم مثلى ما يأخذ مِنْ المسلمين؛ فعلم أن الضعف عبارة عن الشيء ومثله.

وأما الآية: فظاهرها أنه كان يجب عَلَيْهِنَّ ثلاثة حدود، وإنما ترك ذلك بدليل وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتَعْمَلْ صَٰلِحًا نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣١]، فلما جعل ثوابهن مثلى ثواب غيرهن، لم يجز أن يكون عذابهن أكثر من مثلى عذاب غيرهن؛ لأن جزاء السيئة لا يجوز أن يكون أكثر من جزاء الحسنة؛ لأن الله أخبر أنه يجازى بالحسنة عشرة أمثالها، ويجازى بالسيئة مثلها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى لرجلٍ بثلث ماله، ولآخر بنصفه، وأجاز الورثة - قسم المال بينهما على خمسةٍ: للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالنصف ثلاثة أسهم.

فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسةٍ على ما ذكرناه؛ لأن ما قسم علَى التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال؛ كالمواريث والمال بين الغرماء.

فإن أوصى لرجلٍ بجميع ماله ولآخر بثلثه، وأجاز الورثة - قسم المال بينهما على أربعةٍ: للموصى له بالجميع ثلاثة أسهمٍ، وللموصى له بالثلث سهم؛ لأن السهام فى الوصايا كالسهام فى المواريث، ثم السِّهام فى المواريث إذا زادت على قدر المال - أعيلت الفريضة بالسهم الزائد، فكذلك فى الوصية.

فإن لم يجيزوا - قسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع.

(الشرح) قوله: (أعيلت الفريضة)[١] قال أبو عبيد[٢]: أظنه مأخوذًا من الميل؛ وذلك أن الفريضة إذا عالت، فهى تميل على أهل الفريضة جميعًا فتنتقصهم.

الأحكام: إن وصى لرجل بالنصف، ولآخر بالثلث، وأجاز الورثة - أخذ كل واحد منهما وَصيته، لما تقدم.

وإن لم يجيزوا، كان للموصى له بالنصف ثلاثة أسهم من خمسة أسهم، هى جملة الثلث، وللآخر سهمان[٣]؛ لأن ما قسم على التفاضل عِنْد اتساع المال، قسم على التفاضل عند ضيق المال؛ كالمواريث والديون.

واعلم أن الضابط فى تصحيح مسائل الوصايا مع تصحيح مسائل الورثة - الذى نوهنا به من قبل - أن يصحح فريضة الميراث بضرب وغير ضرب، وعول وغير عول، ثم ننظر إلى مجيز الوصية، ويعطى نصيب الموصى له، ثم نقسم الباقى على فريضة الميراث، فإن انقسمت عليها فبها ونعمت.

مثاله: أوصى لواحد بربع ماله، وله ثلاثة من البنين -: مخرج الوصية من أربعة: الربع للموصى له وهو سهم، والباقى يقسم على البنين الثلاثة.

وإن لم ينقسم الباقى على الفريضة، فللحساب طريقان:

أحدهما: طريق يعرف بطريق النسبة: وهو أن ننظر إلى نسبة المقدر للوصية من مخرجها من الباقى، ثم نزيد على فريضة الميراث تلك النسبة، فإن كان المقدر للوصية مثل ثلث الباقى زدت فريضة الميراث مثل ثلثها، وإن كان مثل نصف الباقى زدت على فريضة الميراث مثل نصفها، وهكذا، فإن لم يكن لمسألة الفريضة نصف صحيح، والنسبة النصف - مثلا - فتضرب الفريضة فى مخرج النسبة، ثم تزيد عليها تلك النسبة.

والطريق الثانى: يعرف بطريق القسمة، وهو أن يقابل بين الباقى من مخرج مسألة الوصية بعد إقرار الوصية وبين فريضة الميراث، فإن وجدت بينهما وفقًا صحيحًا

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٠١).
(٢) ينظر: غريب الحديث (٤/ ٣٨٤).
(٣) ينظر: الأم (٤/ ٣٣)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٦٠)، المدونة الكبرى (٦/ ٣٥)، المغنى (٦/ ٤٦٥)، الإنصاف (٧/ ٢٧٣).

تضرب أقل جزء الوفق من فريضة الميراث فى مخرج الوصية، وإن لم تجد بينهما موافقة بجزء صحيح، ضرب جميع فريضة الميراث فى مخرج الوصية، فما بلغ قيمته تصح الوصية.

مثال ذلك: إذا أوصى بالثلث وله ثلاثة بنين، فمسألة الوصية من ثلاثة: للموصى له سهم وهو مثل نصف ما بقى، ومسألة الفريضة من ثلاثة، فعلى طريق النسبة: نزيد على فريضة الميراث مثل نصفها، وليس لها نصف صحيح، فنضربها فى مخرج النصف، فتصير ستة، ثم نزيد عليها مثل نصفها - وهو ثلاثة - تصير تسعة، ومنها تصح: للموصى له ثلاثة، ولكل ابن سهمان.

وعلى طريق القسمة: نقابل بين الباقى من مخرج الوصية بعد إقرار الوصية وهو سهمان وبين فريضة الميراث وهى ثلاثة، وليس بينهما موافقة، فتضرب ثلاثة فى مخرج الوصية، وهى ثلاثة تبلغ تسعة، ومنها تصح.

ولو كان البنون أربعة، فعلى طريق النسبة: تكون مسألة الفريضة من أربعة، فنزيد عليها مثل نصفها وهو اثنان تبلغ ستة، ومنها تصح: للموصى له سهمان، ولكل ابن سهم.

وعلى طريق القسمة: نقابل بين الباقى بعد إخراج نصيب الموصى له وهو سهمان وبين مسألة الورثة وهى أربعة، فنجد أن بينهما موافقة بالنصف، فنضرب نصف الأربعة فى مسألة الوصية فتبلغ ستة.

ولو ترك الموصى ثلاث بنات وعصبة، فمسألة الفريضة أصلها من ثلاثة، وتصح من تسعة.

فعلى طريق النسبة: الباقى بعد إخراج نصيب الموصى له سهمان، فيزيد على مسألة الفريضة مثل نصفها وليس للتسعة نصف صحيح، فنضربها فى مخرج النصف تبلغ ثمانية عشر، ثم نزيد عليها مثل نصفها تبلغ سبعة وعشرين.

وعلى هذا فقس الزيادة والنقص.

ولو أوصى لواحد بالنصف، ولآخر بالثلث، وأجاز الورثة فالمسألة من ستة؛ لأن مخرج النصف والثلث من خمسة؛ فيعطى للموصى له بالنصف ثلاثة أسهم، وللموصى له بالثلث سهمان، وللورثة سهم.

وإن ردوا الزيادة على الثلث، فالثلث لهما وهو سهم من ثلاثة، لا ينقسم على

خمسة، فنضرب مخرج الثلث فى مخرج الخمسة، فيصير خمسة عشر: للموصى لهما خمسة، وللورثة عشرة.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن كان الورثة ابنًا وثلاث بنات، وأجازوا، فمسألة الوصية من ستة كما ذكرناه، ومسألة الفريضة من خمسة.

فعلى طريق النسبة: الباقى بعد نصيب الموصى لهما سهم، والموصى به قدر السهم خمس مرات، تبلغ ثلاثين: للموصى له بالنصف ثلاثة مضروبة فى خمسة بخمسة عشر، وللموصى له بالثلث سهمان مضروبان فى خمسة بعشرة، والباقى خمسة للابن سهمان، ولكل بنت سهم.

وعلى طريق القسمة: الباقى بعد نصيب الموصى لهما سهم، ولا وفق له؛ فنضرب مسألة الفريضة فى مسألة الوصية تبلغ ثلاثين، ومنها تصح.

وأما إذا رَدُّوا الوصية بالزائد، فالثلث بين الموصى لهما على النسبة التى كانت تخصهما عند الإجازة وهى خمسة أسهم، فإذا كان ثلث المال خمسة، فجملته خمسة عشر: للموصى لهما خمسة، وللورثة عشرة، وهى منقسمة عليهم.

وإن أجاز البعض ورد البعض، فالطريق فى التصحيح: أن تصحح المسألة على تقدير الإجازة، ثم على تقدير الرد، ثم نضرب مسألة الإجازة فى مسألة الرد؛ إن لم يكن بينهما وفق، وإن كان بينهما وفق، فنضرب جزء الوفق من أحدها فى كل الآخر، ثم من له شىء من الإجازة إذا أجاز أخذه مضروبًا فى مسألة الإجازة أو فى وفقها، ومن له من مسألة الرد شىء إذا رد أخذه مضروبًا فى مسألة الإجازة أو وفقها.

ومسألة الإجازة هنا قد صحت من ثلاثين، ومسألة الرد صحت من خمسة عشر، وبينهما موافقة بالثلث فنضرب خمسة عشر فى عشرة، أو خمسة فى ثلاثين - تبلغ مائة وخمسين، فإذا كان الابن - مثلا - الذى أجاز، فنصيبه من مسألة الإجازة سهمان، نضربهما فى خمسة، تبلغ عشرة، وللبنات من مسألة الرد ستة مضروبة فى عشرة تبلغ ستين، والباقى - وهو ثمانون - بين الموصى لهما مقسومة على خمسة: للموصى له بالنصف ثمانية وأربعون، وللموصى له بالثلث اثنان وثلاثون.

وإن كان الذى رد الابن، فله من مسألة الرد أربعة أسهم مضروبة فى خمسة بعشرين، وللبنات من مسألة الرد ثلاثة أسهم مضروبة فى خمسة بخمسة عشر، والباقى بعد ذلك - وهو مائة وخمسة عشر - بين الموصى لهما مقسومًا على

خمسة: للموصى له بالنصف تسعة وستون، وللموصى له بالثلث ستة وأربعون.

ولو أجاز الورثة وصية صاحب النصف، وردوا وصية صاحب الثلث، فالموصى له بالنصف يسلم له ما كان يستحقه فى مسألة الإجازة، والموصى له بالثلث يستحق ما كان يسلم له فى مسألة الرد.

وكذلك الحكم فيما إذا أجازوا وصية صاحب الثلث، وردوا وصية صاحب النصف - يكون لصاحب النصف ما كان له فى حالة الرد، ولصاحب الثلث ما كان له فى حالة الإجازة، والباقى يقسم بين الورثة.

ولو كانت الوصية لواحد بالثلث، ولآخر بالربع، وأجاز الورثة - وهم بنتان وأبوان - فمسألة الوصية من اثنى عشر؛ لأنها أقل ما يخرج الثلث والربع منها، ومسألة الفريضة من ستة، فعلى طريق النسبة: الحاصل للموصى لهما من الاثنى عشر سبعة، وهى مثل ما بقى ومثل خمسيه، فيزيد على مسألة الفريضة مثلها ومثل خمسيها، وليس للسبعة خمس صحيح، فتضرب مسألة الفريضة فى مخرج الخمس تبلغ ثلاثين، ثم نزيد عليها مثلها ومثل خمسيها - وهو اثنان وأربعون - تبلغ اثنين وسبعين، ومنها تصح: للموصى له بالثلث من مسألة الوصية أربعة مضروبة فى مسألة الفريضة - وهى ستة - تبلغ أربعة وعشرين، وهى ثلث الجملة، وللموصى له بالربع من مسألة الوصية ثلاثة مضروبة فى مسألة الفريضة - وهى ستة - تبلغ ثمانية عشر، والباقى بعد ذلك ثلاثون للورثة: للأبوين السدسان عشرة، وللبنتين الثلثان عشرون.

وعلى طريق القسمة: الباقى بعد الموصى به خمسة، وليس لها وفق، فنضرب مسألة الميراث فى مخرج الوصية تبلغ اثنين وسبعين، ومنها تصح.

وإن رد الورثة الزائد على الثلث، فاقسم الثلث على الموصى لهما على النسبة التى كانت تخصهما عند الإجازة وهى سبعة، فإذا كان ثلث المال سبعة، فجملته إحدى وعشرون: للموصى لهما سبعة، وللورثة أربعة عشرة لا تنقسم على مسألة الفريضة، لكن بينهما وفق بالنصف، فنضرب نصف الستة فى أصل المسألة - وهو إحدى وعشرون - تبلغ ثلاثة وستين، ومنها تصح: للموصى لهما سبعة مضروبة فى ثلاثة بإحدى وعشرين: للموصى له بالثلث اثنا عشر، وللآخر تسعة، للورثة اثنان وأربعون: للأبوين السدسان أربعة عشر، وللبنتين الثلثان ثمانية وعشرون، وهذا على طريق القسمة.

فإن أردت أن تصحح المسألة على طريق النسبة: فأصل المسألة - كما ذكرنا - من إحدى وعشرين: للموصى لهما سبعة، وهى مثل نصف ما بقى، فنزيد على فريضة الميراث مثل نصفها؛ فتصير تسعة، ثم نحتاج إلى قسمة الثلث على سبعة، فنضرب التسعة فى مخرج السبعة تبلغ ثلاثة وستين، ومنها تصح.

وإن أجاز بعض الورثة ورد البعض، فمسألة الإجازة تصح من اثنين وسبعين، ومسألة الرد من ثلاثة وستين، وبينهما موافقة بالثلث، فنضرب إحدى وعشرين فى اثنين وسبعين، أو ثلاثة وستين فى أربعة وعشرين - تبلغ ألفًا وخمسمائة واثنى عشر، ومنها تصح، فإن كان الذى أجاز الأم خاصة - مثلًا - فلها من مسألة الإجازة خمسة مضروبة فى وفق مسألة الرد وهو إحدى وعشرون، تبلغ مائة وخمسة، وللأب من مسألة الرد سبعة مضروبة فى وفق مسألة الإجازة - وهو أربعة وعشرون - تبلغ مائة وثمانية وستين، وللبنتين من مسألة الرد ثمانية وعشرون مضروبة فى وفق مسألة الإجازة - وهو أربعة وعشرون - تبلغ ستمائة واثنين وسبعين، والباقى بعد ذلك - وهو خمسمائة وسبعة وستون - مقسوم على سبعة بين الموصى لهما: للموصى له بالثلث ثلاثمائة وأربعة وعشرون، وللموصى له بالربع مائتان وثلاثة وأربعون.

ولو كانت الوصية لواحد بالكل ولآخر بالثلث، وأجاز الورثة وهم أب وابنان فالمسألة من أربعة: للموصى له بالكل ثلاثة أرباع، وللموصى له بالثلث الربع، وإن ردوا الزائد على الثلث، فاقسم الثلث على أربعة، وإذا كان ثلث المال أربعة فجملته اثنا عشر، لهما منها أربعة: للموصى له بالكل ثلاثة، وللموصى له بالثلث سهم، والباقى وهو ثمانية بين الورثة، ومسألتهم من ستة، وتصح من اثنى عشر، وثمانية على اثنى عشر لا تصح، ولكن توافق بالربع، فاضرب ربع الاثنى عشر فى أصل المسألة - وهو اثنا عشر - تبلغ ستة وثلاثين، ومنها يصح للموصى لهما اثنا عشر، والباقى وهو أربعة وعشرون للورثة منقسمة عليهم، وهذا على طريق القسمة.

وإن أردت أن تصحح المسألة على طريق النسبة: فأصل المسألة - كما قلنا - من اثنى عشر: للموصى لهما أربعة، وهى مثل نصف ما بقى فنزيد على مسألة الفريضة مثل نصفها تبلغ ثمانية عشر، ثم نحتاج إلى قسمة الثلث على أربعة، وبين الثمانية عشر والأربعة موافقة بالنصف، فنضرب الثمانية عشر فى نصف الأربعة تبلغ ستة وثلاثين، ومنها تصح.

ولو رد الأب خاصة؛ فكيفية التصحيح تؤخذ مما تقدم.

ولو كانت الوصية لواحد بالنصف، ولآخر بالثلث، ولآخر بالربع: فإن أجاز الورثة - وهم زوجة وأبوان - قسم المال على ثلاثة عشر، وأعطى صاحب النصف ستة، وصاحب الثلث أربعة، وصاحب الربع ثلاثة.

وإن ردوا، قسمت الثلث على ثلاثة عشر، وإذا كان الثلث ثلاثة عشر سهمًا، فالجملة تسعة وثلاثون: للموصى لهم ثلاثة عشر، وللورثة ستة وعشرون، ومسألتهم من اثنى عشر، وستة وعشرون على اثنى عشر لا تصح، ولكن توافق بالنصف، فنضرب نصف الاثنى عشر فى مسألة الوصية وهى: تسعة وثلاثون تبلغ: مائتين وأربعة وثلاثين: للموصى لهم ثمانية وسبعون مقسومة على ثلاثة عشر: للموصى له بالنصف ستة وثلاثون، وللموصى له بالثلث أربعة وعشرون، وللموصى له بالربع ثمانية عشر، والباقى - وهو مائة وستة وخمسون بين الورثة: للزوجة ربعها تسعة وثلاثون، وللأم ثلث الباقى تسعة وثلاثون، والباقى للأب. وهذا على طريق القسمة.

وعلى طريق النسبة: نقول أصل مسألة الوصية من تسعة وثلاثين، ثلثها ثلاثة عشر، وهى مثل نصف الباقى، فزد على فريضة الميراث مثل نصفها تبلغ ثمانية عشر، ثم نحتاج إلى قسمة الثلث على ثلاثة عشر، فنضرب ثمانية عشر فى مخرج ثلاثة عشر تبلغ مائتين وأربعة وثلاثين، ومنها تصح.

وإن أجاز بعض الورثة ورد البعض، فطريق التصحيح ما تقدم[1].

فرع: فإن كان لرجل ابن واحد لا غير، فأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه، ثم أوصى لآخر بمثل نصيبه أيضًا:

فإن أجاز الابن لهما، قسم المال بينهما أثلاثًا.

وإن لم يجز لواحد منهم، قسم الثلث بين الموصى لهما نصفين.

وإن أجاز لأحدهما لا غير، أعطى من لم يجز له سدس المال، وقسم الباقى بين الابن والموصى له نصفين.

وتصح من اثنى عشر سهمًا: للذى لم يجز له: سهمان، وللابن: خمسة، وللذى

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

أجاز له: خمسة.

فإن أجاز الابن للثانى بعد ذلك، ضُمَّ السهمان اللذان فى يد الموصى له إلى الخمسة التى بيد الابن فتصير سبعة، وتقسم بين الابن والذى أجاز له ثانيًا نصفين. وتصح المسألة من أربعة وعشرين: للذى أجاز له أولا: عشرة، وللابن: سبعة، وللذى أجاز له آخرًا: سبعة.

فرع: إذا أوصى بثلث ماله لأجنبى ولوارث له: فإن أجاز باقى الورثة وصية الوارث، قسم الثلث بينهما نصفين. وإن ردوا وصية الوارث، كان للأجنبى نصف الثلث؛ لأن الورثة لما أبطلوا وصية الوارث، صار كأنه لم يوص إلا بالسدس للأجنبى.

فإن كان له ابنان، فأوصى لأحدهما بثلث ماله، ولأجنبى بثلث ماله: فإن أجاز الابن الآخر الوصيتين، كان للأجنبى الثلث، وللابن الموصى له الثلث بالوصية، وفى الثلث الباقى وجهان:

الصحيح: أنه بين الابن الموصى له وبين الثانى نصفين.

والثانى: أنه للابن الذى لم يوص له.

وإن رد الابن الوصية فى أحد الثلثين، وأجاز الآخر، كان الثلث الباقى بين الأجنبى والابن الموصى له نصفين؛ لأنه إذا أوصى لكل واحد منهما بثلث ماله، لم تقل: إن كل واحد من الثلثين موصى به لأحدهما، بل كل ثلث من الثلثين موصى به لهما، فإذا لم تصح الوصية فى غير ذلك الثلث كان بينهما نصفين؛ لأنه موصى به لهما.

فإن رد الابن أحد الثلثين، ونصف الآخر فى حق الابن الآخر، بطلت الوصية فيه، وبقى للأجنبى السدس لا غير.

هكذا ذكرها الشيخ أبو حامد فى «التعليق»، والمحاملى فى «المجموع».

وإن رد الابن الوصية فى الثلث الذى للابن، فكم يستحق الأجنبى؟ فيه وجهان، حكاهما ابن الصباغ:

أحدهما - وهو قول القاضى أبى الطيب -: أنه لا يستحق إلا السدس فقط؛ لأن الابن الموصى له يزاحمه عند الإجازة؛ فيكون له السدس، وللأجنبى السدس، فإذا رد الابن وصية أخيه، بقى للأجنبى السدس.

والثانى - وهو قول أبى العباس بن سريج، ولم يذكر فى «الإبانة» و «العدة» غيره -: أن له الثلث.

قال الشيخ أبو حامد: كنت أحكى أن له السدس، ثم رأيت ظاهر كلام الشافعى أن له الثلث؛ لأن الموصى لم يرض بإخراج دون الثلث؛ فلا يملك الوارث إسقاط حقه من الثلث، ولأن المزاحمة بالباطل لا تمكن، وما للأجنبى وحده لم يجاوز الثلث؛ فتم له ذلك.

فإن أوصى لأجنبى بثلث ماله، ولكل واحد من ابنيه بثلث ماله، وأجاز كل واحد منهما لصاحبه، ولم يجيزا للأجنبى - فالصحيح أن للأجنبى ثلث ماله، ولا معنى لقولهما: لا نجيز.

وفيه وجه آخر: أن الأجنبى ليس له إلا ثلث الثلث؛ لأن الثلث كان بينهم أثلاثًا.

وإن أوصى لأجنبى بنصف ماله، ولأحد ابنيه بالنصف، فأجاز الابنان الوصية للأجنبى، وأجاز الابن الذى لم يوص له لأخيه - ففيه وجهان، حكاهما القفال:

أحدهما: أن للأجنبى النصف، وللابن الموصى له الثلث ونصف السدس - وهما: خمسة من اثنى عشر - ويبقى للابن الذى لم يوص له نصف السدس - وهو: سهم من اثنى عشر - لأنه لو لم يوص إلا للأجنبى، لاستحق الثلث بغير إجازة منهما، واستحق كل واحد من الاثنين الثلث، فلما وصى للأجنبى بالنصف، وللابن بالنصف، علمنا أنه وصى للأجنبى بسدس لا يستحقه إلا بالإجازة من حق الابنين: الموصى له وغير الموصى له، فاستحقه الأجنبى بإجازتهما له ذلك. وعلمنا أنه وصى لابنه بسدس زائد على ثلثه المستحق له بالإرث من حق أخيه، ولا يستحقه إلا بإجازة أخيه، وقد أجازه، فإذا أجاز للأجنبى نصف السدس، ولأخيه السدس، بقى له نصف السدس.

والوجه الثانى - ولم يذكر ابن اللبان غيره -: أن النصف للأجنبى، وللابن الموصى له النصف، ولا شَىء للابن المجيز، كما لو لم يكن له إلا ابن واحد وأوصى لأجنبيين، لكل واحد منهما بنصف ماله، وأجاز الابن الوصيتين.

قال القفال: وأصل هذين الوجهين إنما هما إذا قلنا: تجوز الوصية للوارث، فلأى معنى جازت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لأنه ألحقها بالأجنبى.

والثانى: لأنه قصد تفضيله على سائر الورثة.

فإذا قلنا: لأنه ألحقه بالأجنبى، استحق الابن الموصى له هاهنا النصف، والأجنبى النصف.

وإذا قلنا: لأنه قصد تفضيله، استحق هاهنا ثلثا ونصف سدس، واستحق الذى لم يوص له نصف سدس، وقد حصل له التفضيل بالثلث.

قال القفال: وهكذا لو أوصى لأحد ابنيه بنصف ماله، وأجاز له أخوه:

فإن قلنا: لأنه ألحقه بالأجنبى، كان النصف له بالوصية، والنصف الآخر بينه وبين أخيه.

وإن قلنا: لأنه قصد تفضيله، فلا فائدة له فى هذه الوصية.

قال المسعودى: بل يجب أن يقاسمه بالنصف الباقى هاهنا على المعنيين؛ لأنه لا يحصل التفضيل إلا بذلك.

وإن أوصى لأحد ابنيه بثلثى ماله، وأجاز له الآخر:

فإن قلنا: لأنه ألحقه بالأجنبى، استحق الثلثين بالوصية، وقاسم أخاه بالثلث الباقى.

وإنا قلنا: لأنه قصد تفضيله، لم يقاسم أخاه فى الثلث الباقى؛ لأن التفضيل قد حصل.

وإن كان له ابن وابنة، فأوصى لابنته بنصف ماله، وأجاز الابن الوصية لها:

فإن قلنا: لأنه ألحقها بالأجنبى، استحقت النصف بالوصية، وقاسمت أخاها فى النصف الثانى؛ فيحصل لها ثلثا المال.

وإن قلنا: لأنه قصد تفضيلها، لم تقاسم أخاها فى النصف الثانى.

قال ابن اللبان: فإن أوصى لأحد ابنيه بالنصف، ولأجنبى بالنصف، فأجاز الابن الذى لم يوص له الوصيتين، ولم يجز الابن الموصى له للأجنبى - كان للأجنبى ثلث المال بغير إجازة، وله نصف السدس بإجازة الابن المجيز له، وللابن الموصى له بالنصفُ النصفُ بالوصية، ونصف سدس من النصف الموصى به للأجنبى من حقه؛ فيصير له سبعة من اثنى عشر. وهذا بناء على أصله.

قال ابن اللبان: ولو أوصى للأجنبى بثلث ماله، ولوارث بجميع ماله، فأجاز

الورثة - فللأجنبى الثلث كاملا؛ لأنه أحق به، ولوارث الموصى له الثلثان.

وإن لم يجز الورثة ما جاوز الثلث، فالثلث كله للأجنبى، ولا شيء للوارث الموصى له.

قال: وإن أوصى لأجنبى بنصف ماله، ولوارث بجميع ماله، فأجاز الورثة - فللأجنبى الثلث؛ لأنه أحق به من الوارث، ويبقى من وصيته السدس يضرب به فى الثلثين، ويضرب الموصى له في الثلثين بنصيبه - وهو: ستة أسهم - فيقتسمان الثلثين على سبعة أسهم: للوارث ستة أسباع الثلثين، وللأجنبى سبع الثلثين، وتصح الفريضة من أحد وعشرين.

قال: فإن أوصى لأحد ابنيه بنصف ماله، ولأجنبى بنصف ماله، ولأجنبى آخر بثلث ماله، وأجاز الابنان - فإن ثلث التركة للأجنبيين لا يضاربهما فيه الوارث، ويبقى من وصيتهما النصف، وللابن الموصى له مثل ما بقى لهما، فيضاربهما الابن الموصى له فى ثلثى التركة نصفين؛ فيحصل للابن الموصى له ثلث، وللأجنبيين ثلث؛ فيضمانه إلى الثلث الأول؛ فيحصل لهما الثلثان، ويقتسمان ذلك على قدر وصيتهما - وهى: خمسة أسهم - للموصى له بالنصف ثلاثة أسهم، وللموصى له بالثلث سهمان، وتصح المسألة من خمسة عشرة: للابن الموصى له خمسة، وللموصى له بالنصف ستة، وللموصى له بالثلث أربعة.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن قال: أعطوه رأسًا من رقيقى، ولا رقيق له أو قال: أعطوه عبدى الحبشى وله عبد سندى، أو عبدى الحبشى وسماه باسمه ووصفه بصفةٍ من بياضٍ أو سوادٍ، وعنده حبشى يسمى بذلك الاسم ومخالف له فى الصفة - فالوصية باطلة؛ لأنه وصى له بما لا يملكه.

فإن كان له رقيق أعطى منه واحدًا سليمًا كان أو معيبًا؛ لأنه لا عرف فى هبة الرقيق، فحمل على ما يقع عليه الاسم.

فإن مات ما له من الرقيق - بطلت الوصية؛ لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تفريطٍ.

فإن قتلوا: فإن كان قبل موت الموصى - بطلت الوصية؛ لأنه جاء وقت

الوجوب، ولا رقيق له.

فإن قتلوا بعد موته - وجبت له قيمة واحدٍ منهم؛ لأنه بدل ما وجب له.

(الشرح) الأحكام: جاء فى الكفاية شرح التنبيه: إن قال: أعطوه رأسًا من رقيقى، ولا رقيق له عند الموت: إما لموتهم أو قتلهم، مع وجودهم فى حال الوصية، أو لعدم وجودهم حال الوصية، واستمرار ذلك إلى الموت - بطلت الوصية؛ لعدم إمكان الوفاء بها، وما يوجد من القيمة عند الإتلاف فليس بموصى به، ولا هو بدل ما تعلق به حق لازم.

وفى الحاوى وجه: أنهم إذا قتلوا تعلق حقه بقيمة أحدهم وقد ذكره المصنف أيضًا هاهنا.

ولو كان له رقيق صحت الوصية؛ لأن غاية الأمر أنها وصية بمجهول، وللوارث أن يدفع إليه ما ينطلق عليه الاسم من: صغير وكبير، وذكر وأنثى، وسليم ومعيب، ومسلم وكافر.

وهل يجوز أن يعطى خنثى؟ حكى القاضى الحسين عن المزنى: أنه يعطى، وعن باقى الأصحاب: لا؛ لأن العرف لا يقتضيه، وهذا ما حكاه الماوردى عن الربيع وحكاه الإمام وجهًا عن رواية صاحب التقريب وأنه عرى من التحصيل لا اعتداد به، وجعل مقابله المذهب الصحيح، وعلى ذلك جرى الرافعى، والرويانى فى البحر، وهذا إذا كان الرقيق موجودًا عند الوصية أيضًا.

ولو لم يكن ففيه الخلاف السابق فيما إذا أوصى بألف أو عبد لا يملكه، وإيراد ابن الصباغ يفهم حكاية خلاف فيه، وإن صححنا ثم؛ لأنه قاس وجه الصحة على ذلك.

وقال فى وجه المنع: لأن ذلك يقتضى وجود الرقيق له فى حالة الوصية.

وعلى الخلاف يخرج ما إذا كان له رقيق عند الوصية، وتجدد له رقيق عند الموت، هل يجوز أن يعطى من الثانى؟

وحكى الإمام عن بعض أصحابنا وجهًا آخر: أن للورثة الخيار فى أن يعطوه العبد.

ولو لم يكن له إلا رأس واحدة وقال: أعطوه رأسًا من رقيقى، ففيه وجهان فى التتمة:

أحدهما: البطلان.

والمذكور منهما فى تعليق البندنيجى: صحة الوصية، وتعين العبد، وهو المذهب؛ كما حكاه من تلقى عن الإمام.

وفى كلام الشيخ إشارة إليه من بعد، والحكم عند القاضى أبى الطيب فيما إذا قال: أعطوه رأسًا من عندى، كالحكم فيما لو قال: رأسًا من رقيقى.

وعند القفال وغيره: لا يجوز أن يعطى جارية، وهل يجوز أن يعطى خنثى قد بانت ذكورته؟ فيه وجهان؛ كذا حكاه فى البحر.

فرع: وإن قال: أعطوه عبدًا من مالى، اشترى - أى: إن لم يكن له عبد - ودفع إليه؛ لاقتضاء اللفظ ذلك.

أما إذا كان له عبيد، فالورثة مخيرون بين أن يعطوه عبدًا منهم، وبين أن يشتروا له عبدًا ولو كان معيبًا، كما قاله القاضى الحسين.

وحكى الإمام: أن بعض أصحابنا لم يجيزوا أن يشترى له معيبًا، إذا كان الموصى قد قال: اشتروا له عبدًا من مالى؛ لأن لفظ الشراء يقتضى سلامة المشترى.

ثم قال: ورأيت فى بعض التصانيف رمزًا إلى أنه يتعين تسليم عبد من الموجودين؛ إذا كانوا فى التركة، وهذا غير معتد به.

ولو قال: أعطوه عبدًا، ولم يقل: من مالى، فالمذهب: أن الوصية تصح، ويكون كما لو قال: من مالى.

وفى التتمة وجه: أنها لا تصح.

فرع: وإن قال: أعطوه رأسًا من رقيقى، فماتوا كلهم فى حياة الموصى، أو قتلوا إلا واحدًا - تعينت فيه الوصية وإن كان أكثرهم قيمة، كما قاله القاضى الحسين؛ لأن الوصية تعلقت بالرقبة؛ فلم يكن للورثة العدول عنها مع القدرة عليها، ولأن حقه تعلق بواحد لا بعينه؛ فأشبه ما لو قال: بعتك صاعًا من هذه الصبرة، فتلفت إلا قدر صاع؛ فإنه يتعين البيع فيه، فكذلك هاهنا، وهذا ما نسبه البندنيجى إلى أبى إسحاق، وبه جزم ابن الصباغ والمتولى والقاضى الحسين والإمام، وحكى عن بعض الأصحاب نفى خلافه، وجعل صاحب البحر محله فى مسألة القتل إذا وجد القتل بعد موت الموصى، وقاسه على ما إذا قتلوا إلا واحدًا قبل موت الموصى.

وحُكِي عن بعض أصحابنا وجهٌ آخر: أن للورثة الخيار بين أن يعطوه العبد الباقى أو قيمة أحد العبيد المذكورين؛ كما لهم الخيار إذا قتلوا جميعًا، وهذا اختيار القفال، وحكاه الإمام عن طرق أئمتهم، وبه جزم الفورانى، وكذا الرافعى؛ إذا كان القتل بعد القبول أو قبله وقلنا بقول الوقف أو بأنه ملك بالموت، والحكم فيما لو أعتقهم إلا واحدًا، كالحكم فيما إذا ماتوا إلا واحدًا.

فإن قيل: قد حكيتم فيما إذا لم يكن له إلا واحد عند الموت، هل تبطل الوصية؟ أو تصح ويتعين؟ فيه وجهان، وجزمتم فيما إذا ماتوا أو قتلوا إلا واحدًا: أن الوصية تتعين فيه، فهلا جرى الخلاف السابق؟

قلنا: اللفظ فى هذه المسألة كان صحيحًا عند الوصية؛ لأنه قال: «من رقيقى»، وكان له رقيق، وهناك اللفظ فاسد؛ لكونه لا رقيق له يصرف منه رأسًا.

أما إذا مات واحد منهم بعد موت الموصى وقبول الموصى له، فللوارث التعيين فيه حتى يجب تجهيزه على الموصى له.

وإن كان ذلك بعد الموت وقبل القبول، فكذلك الحكم إن قلنا بحصول الملك بالموت أو بالوقف، وإن قلنا: يملك بالقبول، فيعطى واحدًا من الباقين؛ كما لو كان ذلك قبل موت الموصى، كذا حكاه الرافعى، وهو بناء على ما حكاه أولا.

وعند الأصحاب - كما حكاه الإمام - أنه لا فرق بين أن يكون موتهم إلا واحدًا قبل موت الموصى أو بعده فى أن الوصية تنفذ فى الواحد.

فرع: وإن قتلوا كلهم بعد موت الموصى، قتلا يوجب الضمان - دفعت إليه قيمة أحدهم؛ لأن القيمة بدل ما وجب له، ثم للورثة التعيين.

وفى الشامل: أن للموصى له قيمة أحدهم.

وفى تعليق البندنيجى[1]: أن على الوارث أن يعطى قيمة أقلهم.

قال القاضى الحسين: ولا فرق فى ذلك بين أن نقول: إنه يملك يوم الموت أو بالقبول.

---

(١) ينظر: التحفة (٧/ ٤٧)، نهاية المحتاج (٦/ ٧٣).

وفى الرافعى: أن هذا فيما إذا قلنا: إنه ملك بالموت أو بالوقف.

أما إذا قلنا: إنه لا يملك إلا بالقبول، فإن الوصية تبطل، وهذا احتمال أبداه الإمام، وقال: إنه لم يصر إليه أحد من الأصحاب، والذى أطلقوه الأول، والممكن فيه أنا وإن حكمنا بأن الملك يحصل بالقبول، فللموصى له حق فى الموصى به قبل القبول، وآية ذلك أنه يستبد بتملكه، ولا يقدر أحد على إبطال هذا الحق عليه، وليس كحق القبول فى البيع والهبة بعد الإيجاب، والحقوق اللازمة المالية إذا تعلقت بالأعيان لم يمتنع الانتقال إلى أبدالها: كحق المرتهن.

وأطلق فى الحاوى حكاية قولين فيما إذا قتل العبد الموصى به قتلا مضمونًا بالقيمة، هل تبطل الوصية أم لا؟ وقال: إنهما مأخوذان من اختلاف قوليه فى العبد المبيع إذا قتل فى يد بائعه، هل يبطل البيع بقتله أم لا؟

فأحدهما: تبطل الوصية؛ لأن القيمة لا تكون عبدًا، وكما لو قطعت يده لا يكون أرشها له.

والثانى: لا تبطل؛ لأن الوصية بدل من رقبته؛ فأقيمت مقامها، وخالفت قيمة رقبته أرش يده؛ لأن اسم العبد ينطلق عليه بعد قطعها؛ فلم يستحق أرش يده؛ لأنه حصل له ما ينطلق عليه اسم العبد، وليس كذلك بعد قتله، ولكن لو قتله السيد بطلت الوصية به قولا واحدًا؛ لأنه لا يضمن قيمة عبده فى حق غيره؛ كما لو أوصى له بحنطة فطحنها.

وهذا منه يدل على أن الخلاف فى قتله فى حياة الموصى.

ولو ماتوا كلهم من غير تفريط من الوارث، أو قتلوا قتلا لا يوجب الضمان: كما إذا قتله حربى أو سبع - سقط حق الوصية؛ لأنه لا متعلق لها.

فرع: لو شهد شاهدان: أنه أوصى له بعبده سالم الحبشى، وكان له عبدان حبشيان اسم منهما سالم -: فإن عينا الموصى به منهما، صحت الشهادة وإلا فوجهان ذكرهما ابن سريج:

أحدهما: الوصية باطلة؛ للجهل بها.

وعلى وجه الصحة وجهان:

أحدهما: يوقف العبدان إلى أن يصطلح الورثة والموصى له.

والثانى: يرجع إلى بيان الورثة، قاله فى البحر[١].

انتهى من الكفاية بتصرف يسير.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى بعتق عبدٍ أعتق عنه ما يقع عليه الاسم؛ لعموم اللفظ.

ومن أصحابنا من قال: لا يجزى إلا ما يجزى فى الكفارة؛ لأن العتق فى الشرع له عرف، وهو ما يجزى فى الكفارة؛ فحملت الوصية عليه.

فإن وصى أن يعتق عنه رقبة، فعجز الثلث عنها، ولم تجز الورثة - أعتق قدر الثلث من الرقبة؛ لأن الوصية تعلقت بجميعها فإذا تعذر الجميع بقى فى قدر الثلث.

فإن وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة؛ لأن الرقاب جمع وأقله ثلاثة.

فإن عجز الثلث عن الثلاثة - أعتق عنه ما أمكن، فإن اتسع الثلث لرقبتين، وتفضل شىء فإن لم يمكن أن يشترى بالفضل بعض الثالثة، زيد فى ثمن الرقبتين.

وإن أمكن أن يشترى به بعض الثالثة - ففيه وجهان:

أحدهما: يزاد فى ثمن الرقبتين؛ لما روى أن النبى ﷺ سئل عن أفضل الرقاب؛ فقال: «أكثرها ثمنًا وأنفسها عند أهلها».

والثانى: أنه يشترى به بعض الثالثة؛ لقوله: «من أعتق رقبةً أعتق الله بكل عضوٍ منها عضوًا منه من النار» ولأن ذلك أقرب إلى العدد الموصى به.

(فصل) فإن قال: أعتقوا عبدًا من عبيدى، وله خنثى، حكم له بأنه رجل - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه محكوم بأنه عبد.

والثانى: لا يجوز؛ لأن اسم العبد لا ينصرف إليه.

فإن قال أعتقوا أحد رقيقى، وفيهم خنثى مشكل - فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه: أنه لا يجوز الخنثى المشكل، وروى المزنى: أنه يجوز.

فمن أصحابنا من قال: يجوز؛ كما نقله المزنى؛ لأنه من الرقيق.

ومنهم من قال: لا يجوز؛ كما نقله الربيع؛ لأن إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

(الشرح) قوله: روى أن النبى ﷺ سئل عن أفضل الرقاب فقال: «أكثرها ثمنًا...» أخرجه البخاري[١]، ومسلم[٢]، والنسائي[٣]، وابن ماجه[٤]، وأحمد[٥]، والحميدي[٦]، وابن حبان[٧].

وأما حديث «من أعتق رقبة أعتق الله...» فأخرجه البخاري[٨]، ومسلم[٩]، والنسائى فى الكبرى[١٠]، والترمذي[١١]، وأحمد[١٢]، وابن الجارود فى المنتقى[١٣]، والطحاوى فى مشكل الآثار[١٤]، والبيهقي[١٥]، والخطيب فى تاريخ بغداد[١٦]، والبغوى فى شرح السنة[١٧] كلهم من طريق سعيد بن مرجانة عن أبى هريرة مرفوعًا وقال الترمذى: حديث حسن صحيح غريب.

وللحديث شاهد من حديث عمرو بن عبسة:

أخرجه أبو داود[١٨]، والنسائي[١٩]، وأحمد[٢٠]، وسعيد بن منصور[٢١]،

---

(١) (٥/١٧٦) باب أى الرقاب أفضل حديث (٢٥١٨).
(٢) (١/٨٩) كتاب: الإيمان، باب: كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال حديث (١٣٦/٨٤).
(٣) (٦/١٩) كتاب: الجهاد، باب: ما يعدل الجهاد فى سبيل الله.
(٤) (٢/٨٤٣) كتاب: العتق، باب: العتق حديث (٢٥٢٣).
(٥) (٥/١٥٠، ١٦٣، ١٧١).
(٦) (١٣١).
(٧) (٤٣١٠).
(٨) (١١/٥٩٩) كتاب: كفارات الأيمان، باب: قول الله تعالى: ﴿أو تحرير رقبة﴾ حديث (٦٧١٥).
(٩) (٢/١١٤٧) كتاب: العتق، باب: فضل العتق، حديث (٢٣/١٥٠٩).
(١٠) (٣/١٦٨) كتاب: العتق، باب: فضل العتق، حديث (٣٨٧٥).
(١١) (٤/٩٧) كتاب: النذور والأيمان، باب: ما جاء فى ثواب من أعتق رقبة حديث (١٥٤١).
(١٢) (٢/٤٢٠، ٤٢٢، ٥٢٩).
(١٣) رقم (٩٦٨).
(١٤) (١/٣١٠ - ٣١١).
(١٥) (٦/٢٧٣).
(١٦) (٥/٢٢٥).
(١٧) (٥/٢٥٢).
(١٨) (٢/٤٢٤) كتاب: العتق، باب: أى الرقاب أفضل حديث (٣٩٦٥).
(١٩) (٦/٢٦، ٢٧، ٢٨) كتاب: الجهاد، باب: ثواب من رمى بسهم فى سبيل الله عز وجل.
(٢٠) (٤/١١٣، ٣٨٦).
(٢١) (٢٤١٩، ٢٤٢٠).

والطبرانى فى تفسيره[١]، والدولابى فى الكنى[٢]، وابن حبان[٣]، والطحاوى فى مشكل الآثار[٤]، والبيهقى[٥] من حديث عمرو بن عبسة مرفوعًا.

الأحكام: إذا قال: أَعْتِقُوا عنّى أحد رقيقى، وله رقيق، أعتق عنه الوارث ما شاء منهم، وإن كان أقلهم قيمة.

وإن قال: أعتقوا عنى عبدًا، اشتُرى له من ثلثه عبدٌ وأُعتق عنه، صغيرًا كان أو كبيرًا، مسلمًا أو كافرًا. ولا يجوز عتق أمة ولا خنثى مشكل؛ لأنه لا يقع عليهما اسم العبد.

وإن كان هناك خنثى مشكل زال إشكاله، وبان أنه رجل فهل يجزئ عتقه عن الوصية؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجزئ؛ لأنه عبد.

والثانى: لا يجزئ؛ لأنه لا يدخل فى إطلاق اسم العبيد.

وهل يجزئ إطلاق عبد معيب لا يجزئ فى الكفارة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجزئ؛ لأن العتق فى الشرع له عرف، وهو: السليم، فحمل مطلق كلام الآدمى عليه.

والثانى: يجزئ، وهو المشهور؛ لأنه يقع عليه اسم العبد، فهو كالوصية بالعبد لرجل.

فرع: وإن كان له عبد قيمته مائة، لا مال له غيره، فأعتقه فى مرض موته، أو أوصى أن يعتق عنه - لزم العتق فى ثلثه، فإن أجاز الورثة العتق فى ثلثيه - عتق جميعه.

فإن قلنا: إن إجازة الورثة تنفيذ لما فعله مورثهم، كان ولاء جميع العبد للموروث.

وإن قلنا: إن إجازتهم ابتداء عطية منهم، كان ولاء ثلث العبد للموروث، وولاء

---

(١) (١٢٩/٣٠).
(٢) (٩٠/١).
(٣) (٤٢٩٧).
(٤) (٣١٠/١).
(٥) (١٦١/٩).

ثلثيه للورثة. وهذا قول عامة أصحابنا.

وقال ابن اللبان: يحتمل أن يكون ولاء جميع العبد للموروث على القولين؛ لأنا وإن قلنا: إنه ابتداء عطية من الورثة، فإنهم أعتقوه عن الميت بإذنه، ومن أعتق عبدًا عن غيره بإذنه، كان ولاؤه للمعتق عنه.

فإن ظهر بعد ذلك على الميت مائة دينٌ عليه، قال الشيخ أبو حامد: بطل العتق فى جميع العبد؛ لأن الوصية إنما تنفذ فى ثلث ما يفضل بعد الدين؛ فيرق العبد، ويباع فى الدين.

وإن ظهر على الميت خمسون دينًا، بطل العتق فى نصف العبد؛ لأجل الدين، ولزم العتق فى نصفه؛ لأن الوارث قد أجازه.

وإن لم يجز الورثة العتق فى ثلثيه، عتق ثلثه، ورق ثلثاه للورثة. فإن ظهر على الميت من الدين مائة، بطل العتق فى ثلثه، وبيع فى الدين. وإن ظهر عليه من الدين خمسون، بيع نصفه فى الدين، وعتق سدسه، ورق للورثة ثلثه.

فرع: وإن كان له مائة درهم لا يملك غيرها، فأوصى أن يشترى له عبد بمائة، ويعتق، وأجاز الورثة الوصية، فاشترى الوصى له عبدًا بمائة وأعتقه عنه، ثم ظهر على الميت مائة دينًا - فإن كان الوصى قد اشترى العبد بعين الدراهم، بطل الشراء؛ لأنه اشترى لغيره ما لا يقع له فوقع لنفسه؛ لأنه اشتراه بمال تعلق به حق الغرماء، ولم يصح العتق؛ لأنه على ملك البائع.

وإن اشتراه الوصى بمائة فى ذمته، ونقد المائة التى خلفها الموصى فى ثمن العبد - صح الشراء؛ لأنه اشتراه فى ذمته، ووقع العتق عن الميت؛ لأنه أعتقه عنه بإذنه، ويضمن الوصى المائة التى نقدها من مال الميت؛ لأنه نقدها، وحقُّ الغرماء متعلق بها فضمنها للغرماء.

فرع: إذا أوصى أن يُعتق عنه رقابٌ، أعتق عنه ثلاث؛ لأن الرقاب اسم جمع، وأقل الجمع ثلاثة.

فإن لم يحتمل الثلث عتق ثلاث رقاب، واحتمل عتق رقبتين لا غير، أو أقل - أعتق عنه ما احتمله الثلث. وإن بقى من الثلث شىء بعد الرقبتين: فإن لم يمكن أن يشترى بما بقى بعض الثالثة - زيد فى ثمن الرقبتين. وإن أمكن أن يشترى بما بقى بعض الثالثة - ففيه وجهان:

قال أبو إسحاق: يشترى به جزءًا من رقبة ثالثة؛ لأنه أقرب إلى العدد الموصى به.

وقال أبو العباس وأكثر أصحابنا: بل يزاد ذلك فى ثمن الرقبتين، وهو المذهب؛ لما روى: أن النبى ﷺ سئل: عن أفضل الرقاب؟ فقال: «أَكْثَرُهَا ثَمَنًا وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا».

فإذا قلنا بهذا: فاشترى أَنْفَسَ رقبتين بثمن، وبقى من الثلث بقية لا تبلغ ثمن الثالثة - قال المسعودى -: بطلت الوصية فى البقية، وردت إلى الورثة.

إذا ثبت هذا: فقد قال الشافعى - رحمه الله - فى «الأم»: قال لى قائل: الاسترخاص مع الاستكثار أحب إليك، أم الاستغلاء مع الاستقلال؟ قلت: الاسترخاص مع الاستكثار.

ومعناه: أنه إذا أمكنه أن يشترى خمسة أوساط بثمن ثلاثة جياد، كان الخمس أولى؛ لقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً، أَعْتَقَ الله بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ مِنَ النَّارِ حَتَّى فَرجَهُ بِفَرْجِهِ» ومعلوم أنه إذا أُعْتِق خمس مرات من النار، كان خيرًا مما دونها.

فرع: وإن كاتب عبدًا له فى مرض موته، أو أوصى أن يكاتب، اعتبرت قيمة العبد من الثلث؛ لأن ما يأخذه منه من العوض من كسب عبده، فهو كما لو أعتقه، أو أوصى بعتقه بغير عوض.

إذا ثبت هذا: فإن وصى أن يكاتبَ عبدٌ، لم تكاتَبْ أمةٌ، ولا خنثى مشكل.

وإن وصى أن تكاتَب أمة، لم يكاتَب عبد، ولا خنثى مشكل.

وإن أوصى أن يكاتَب أحدُ رقيقِه، جاز أن يكاتب عبدًا أو أمة من رقيقه.

وهل يجوز أن يكاتب خنثى مشكلا؟

قال المزنى: يجوز.

وقال الربيع: لا يجوز.

فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما قاله المزنى؛ لأن الخنثى يقع عليه اسم الرقيق.

ومنهم من قال: الصحيح ما قاله الربيع؛ لأن الخنثى لا تدخل فى إطلاق اسم الرقيق.

فإن أوصى أن يكاتب عبدٌ من عبيده وفيهم خنثى قد زال إشكاله، وبان أنه رجل،

فهل تجوز كتابته؟ فيه وجهان، مضى ذكرهما.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن قال: أعطوه شاةً، جاز أن يدفع إليه الصغير، والكبير، والضأن، والمعز؛ لأن اسم الشاة يقع عليه، ولا يدفع إليه تيس، ولا كبش، على المنصوص.

ومن أصحابنا من قال: يجوز الذكر والأنثى؛ لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر، والأنثى؛ كالانسان يقع على الرجل والمرأة.

فإن قال: أعطوه شاةً من غنمى، والغنم إناث - لم يدفع إليه ذكر. فإن كانت ذكورًا - لم يدفع إليه أنثى؛ لأنه أضاف إلى المال، وليس فى المال غيره.

فإن كانت غنمه ذكورًا، وإناثًا - فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه: إذا أوصى بشاةٍ، ولم يضف إلى المال.

فإن قال: أعطوه ثورًا - لم يعط بقرةً.

فإن قال: أعطوه جملًا - لم يعط ناقةً.

فإن قال: أعطوه بعيرًا فالمنصوص: أنه لا يعطى ناقةً.

ومن أصحابنا من قال: يعطى؛ لأن البعير كالإنسان يقع على الذكر والأنثى.

فإن قال: أعطوه رأسًا من الإبل، أو رأسًا من البقر، أو رأسًا من الغنم - جاز الذكر، والأنثى؛ لأن ذلك اسم للجنس.

(الشرح) الأحكام: إن قال أعطوه شاة من مالى أو من غنمى، وكانت غنمه ذكورًا وإناثًا، لم يعط ذَكَرًا على المنصوص فى الأم. وإليه أشار فى المختصر؛ لأن الشاة فى العرف تنصرف إلى الأنثى دون الذكر؛ فحمل لفظ الموصى عليه دون حقيقته فى اللغة.

وقيل: يُعْطَى لأن لفظ الشاة اسم جنس؛ فيتناول الذكر والأنثى؛ ولهذا حمل قوله ﷺ «فِى كُلِّ أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ»[1] على الذكر والأنثى، وهذا اختيار ابن أبى هريرة، وبه جزم فى التهذيب.

وذكر الحناطى مصير أكثر الأصحاب إليه، وهو قضية كلام المتولى، حيث جعل الخلاف كالخلاف فى الشاة المخرجة عن خمس من الإبل.

(١) تقدم.

وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه: إنه ليس بصحيح[(١)].

ويجوز أن يعطى من الضأن والمعز، إلا أن يقول: شاة ينتفع بصوفها؛ فإنه لا يعطى المعز، أو يقول: شاة ينتفع بشعرها؛ فإنه لا يعطى من الضأن.

وهكذا الحكم فى كل وصية تحتمل أشياء؛ إذا قرن بها ما يدل على أحدها؛ فإنه يتعين ذلك.

ولا يتعين على الوارث إذا قال: أعطوه شاة من مالى - وله أغنام - أن يعطى شاة منها.

فأما لو قال: أعطوه شاة من غنمى، وكانت غنمه كلها إناثًا أو ذكورًا - لم يعط من غيرها.

قال الرافعى: وكان قياس من يقول: اسم الشاة لا يطلق على الذكر: أن تبطل الوصية؛ إذا كانت غنمه كلها ذكورًا.

ولو قال: أعطوه شاة من شياهى، ولم يكن له إلا ظبى، فالوصية باطلة على الأصح.

وفيه وجه: أنه يعطى منها؛ لأن ذلك يطلق عليها مجازًا، فإنه يقال لها: شياه البَرِّ، وقد انحصر الأمر فيها.

ولا فرق فيما يعطى بين أن يكون صغيرًا أو كبيرًا، نص عليه فى المختصر بقوله: أعطى شاة صغيرة كانت أو كبيرة.

قال فى البحر: وبعض أصحابنا بخراسان حمل النص على صغير الجثة وكبيرها دون السخلة والعناق؛ لأن الاسم لا يطلق عليها؛ كاسم البقرة لا يقع على العجلة، وهذا ما صححه الرافعى، وجزم به المتولى.

ولو أراد أن يعطيه عن ذلك ظبية، لم يجز له القبول - قال المتولى -: لأنه غير ما أوصى له به، ولأن حقه ثابت فى ذمة الوارث حتى يأخذ عنه على سبيل الاعتياض.

فرع: وإن قال: أعطوه ثورًا، لم يعط بقرة، وإن قال: أعطوه جملا، لم يعط ناقة؛ لأن اللفظ موضوع للذكر.

---

(١) ينظر: الروضة (٦/ ١٥٩)، مغنى المحتاج (٣/ ٥٥)، نهاية المحتاج (٦/ ٦٨، ٦٩)، التحفة على المنهاج (٧/ ٤١).

وقيل في الأولى: يعطى بقرة، حكاه ابن يونس.

ولو قال: أعطوه بقرة أو ناقة، لم يعط جملا ولا ثورًا.

قال في البحر: ومن أصحابنا من خرج وجهًا: أنه يعطى؛ كما قال: في الشاة.

وهو جَارٍ فيما إذا قال: أعطوه بغلة؛ فإنه يجوز أن يعطى بغلا، تكون الهاء فيها للتوحيد لا للتأنيث؛ كما يقال: سَخْلَةٌ وسَخْلٌ، ولا يعطى عند الوصية بالبقر: الجواميس، بخلاف الشاة التي تطلق على الضأن والمعز، اللهم إلا أن يقول: من بقرى، وليس له إلا الجواميس.

قال الماوردي: ولو لم يكن له إلا بقر الوحش، فوجهان؛ كما ذكرنا في الظباء.

فرع: وإن قال: أعطوه بعيرًا، لم يعط ناقة على المنصوص؛ لما تقدم.

وقيل: يعطى.

وادعى الرافعي: أنه الأظهر عند الأصحاب، وادعى القاضي أبو الطيب أنه الذي قال به أصحابنا، وأن أبا علي الطبري قال: إنه الصحيح، ووجهه: أن العرب تقول: حلبت بعيري، وإنما تحلب الأنثى، وقال أهل اللغة: سمت العرب ذلك على ترتيب تسمية الآدميين، فقالوا: الجمل كالرجل، والناقة كالمرأة، والبَكْرة والقلوص كالفتاة، والبَكْر كالفتى من الناس، والبعير بمنزلة الإنسان، والإبل بمنزلة الناس.

والقائلون بالأول تمسكوا بما قاله الأزهري: إن هذا كلام العرب العاربة المحض، ولا يعرفه إلا خواص أهل العلم باللغة، وإذا كان كذلك، فالوجه أنا نجري حكمها على العرف لا على الأسماء التي تحتمل المعاني، وما قاله الشافعي - رضي الله عنه - هو المعروف من كلام الناس.

ولو قال: أعطوه رأسًا من الإبل أو البقر أو الغنم، جاز الذكر والأنثى، قاله في التتمة.

ولا يجوز عند الإيصاء بالإبل أن يعطى فصيلا ولا ابن مخاض؛ لأنها لا تسمى إبلا.

ولو قال: أعطوه عشرًا من الإبل، قال بعض أصحابنا: إن أثبت الهاء في العدد لم يعط إلا من الذكور؛ لأن العدد في الذكور بإثبات الهاء، وإن أسقط الهاء في العدد لم يعط إلا من الإناث لأن عددها بإسقاط الهاء.

قال في الحاوي والبحر: وهذا لا وجه له؛ لأن اسم الإبل إذا كان يتناول الذكور

والإناث تناولًا واحدًا، صار العدد فيها محمولا على القدر دون النوع، وبهذا أجاب البندنيجى وابن الصباغ[١].

وإن قال: أعطوه عشر أينق، أو عشر بقرات، لم يعط ذكرًا. وإن قال: أعطوه رأسًا من الغنم، أو رأسًا من الإبل، أو رأسًا من البقر، جاز أن يدفع إليه الوارثُ ما شاء من ذكر أو أنثى؛ لأن ذلك يعم الجنس.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن قال: أعطوه دابةً فالمنصوص: أنه يعطى فرسًا، أو بغلًا، أو حمارًا.

واختلف أصحابنا فيه؛ فقال أبو العباس: هذا قاله على عادة أهل مصر؛ فإن الدواب فى عرفهم الأجناس الثلاثة.

فإن كان الموصى بمصر - أعطى واحدًا من الثلاثة.

وإن كان فى غيرها، لم يعط إلا الفرس؛ لأنه لا تطلق الدابة فى سائر البلاد إلا على الفرس.

وقال أبو إسحاق، وأبو على بن أبى هريرة يعطى واحدًا من الثلاثة فى جميع البلاد؛ لأن اسم الدواب يطلق على الجميع.

فإن قال: أعطوه دابةً من دوابى وليس عنده إلا واحد من الثلاثة أعطى منه؛ لأنه أضاف إلى ماله وليس له غيره.

فإن قال: أعطوه دابةً ليقاتل عليه العدو - لم يعط إلا فرسًا.

فإن قال: ليحمل عليه - لم يعط إلا بغلًا أو حمارًا فإن قال: لينتفع بنسله - لم يعط إلا فرسًا أو حمارًا؛ لأن القرينة دلت على ما ذكرناه.

(الشرح) قوله: (أعطوه دابة)[٢] أصل الدابة: ما يدب على الأرض، قال الله - تعالى -: ﴿وَٱللَّهُ خَلَقَ كُلَّ دَآبَّةٍ مِّن مَّآءٍ﴾ [النور: ٤٥] وأما الدابة التى تركب، فإن هذا الاسم وقع اصطلاحًا وعادة لا حقيقة[٣].

الأحكام: إن قال: أعطوه دابة، دُفِعَ إليه فرسٌ أو بغلٌ أو حمار على المنصوص،

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

(٢) ينظر: النظم (٢/ ١٠١) .

(٣) قال الفيومى: أما تخصيص الفرس والبغل بالدابة عند الإطلاق فعرف طارئ. ينظر المصباح (دبب) .

وهو الأظهر، وبه جزم الفورانى؛ لأن لفظ الدابة وإن كان يطلق لغة على ما دب ودرج، فهو لا يستعمل إلا فى هذه الأجناس الثلاثة عرفا بمصر، وإذا ثبت للفظ عرف فى موضع، عم حكمه؛ كما لو حلف الحضرى: لا يدخل بيتًا، فدخل بيتًا من أدم أو شَعْر حنث عند الشافعى - رضى الله عنه - نظرًا لهذا المعنى.

وقيل: إن قال هذا فى غير مصر، لم يدفع إليه إلا فرسًا؛ لأن فى غير مصر من البلاد لا يفهم منه إلا الفرس؛ فحملت الوصية على ما يفهمونه، وهذا ما صار إليه أبو إسحاق وابن سريج، وكلام القاضى أبى الطيب يقتضى ترجيحه؛ فإنه قال ردًّا على الأول: إن العرف لو كان إذا ثبت فى موضع لعم فى سائر المواضع، لوجب أن يثبت عرف سائر البلاد فى مصر، ولا يدفع لمن وصى له بدابة إلا الفرس خاصة، وليس كذلك.

وأما الحنث بدخوله بيت الشعر والأدم؛ فإنما لزم لأن عرف الشرع اقترن به؛ فكان أولى من عرف العادة؛ قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا﴾ [النحل: ٨٠].

وقال البندنيجى: إن هذا القول ليس بشىء.

وقيل: إن قال ذلك فى مصر، لم يعط إلا حمارًا؛ لأنهم لا يطلقون اسم الدابة إلا عليه، حكاه فى البحر.

ومحل الخلاف عند الإطلاق، أما إذا قال: أعطوه دابة تصلح للكر والفر والقتال والنسل، فيحمل على الخيل. ولو قال: دابة تصلح للنسل، حمل على الخيل والحمير. وإن قال: تصلح للحمل، فتحمل على البغال والحمير، إلا أن يكون قد جرت العادة فى تلك البلدة بالحمل على البراذين؛ فيجوز أن يعطى برذونًا.

قال المتولى: حتى لو كان المعهود فى تلك البلدة الحمل على الجمال والبقر، يجوز أن يعطى جملا أو بقرة، وناقشه الرافعى فى ذلك.

ولا فرق فيما يعطى من ذلك - كما قال فى البحر - بين أن يكون صغيرًا أو كبيرًا، سمينًا أو مهزولا، ذكرًا أو أنثى.

وفى التتمة: لا يعطى ما لا يمكن ركوبه؛ لأنه لا يسمى: دابة.

قال فى البحر: وقول القاضى الحسين فى التعليق: ويخير الوارث بين الأنواع الثلاثة على المنصوص، محمول على ما إذا كانت فى ملكه، أما إذا لم يكن فى ملكه

إلا نوعان، دفع إليه أحدهما، وكذا إذا لم يكن فى ملكه إلا نوع واحد دفع إليه منه.
فما قاله لعله محمول على ما إذا قال: دابة من دوابى، كما قاله فى الحاوى، أما إذا أطلق، أو قال: من مالى - كما هو لفظ المختصر - فقياس ما ذكرناه فيما إذا قال: أعطوه رأسًا من مالى: أنه لا يتعين، ولا خلاف أنه لا يعطى مع ذلك سرج ولا إكاف ولا لجام.

وكذا لو أوصى له بعبد، لم يجب على الورثة تسليم ثياب، وإنما يجب على الموصى له أن يستره بثوب من عنده[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى بكلبٍ، ولا كلب له - فالوصية باطلة؛ لأنه ليس عنده كلب، ولا يمكن أن يشترى؛ فبطلت الوصية.

فإن قال: أعطوه كلبًا من كلابى وعنده كلاب لا ينتفع بها - بطلت الوصية؛ لأن ما لا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه.

فإن كان ينتفع بها أعطى واحدًا منها إلا أن يقرن به قرينةً من صيدٍ أو حفظ زرعٍ - فيدفع إليه ما دلت عليه القرينة.

فإن كان له ثلاثة كلابٍ ولا مال له فأوصى بجميعها ولم تجز الورثة - ردت إلى الثلث.

وفى كيفية الرد وجهان:

أحدهما: يدفع إليه من كل كلبٍ ثلثه كسائر الأعيان.

والثانى: يدفع إليه أحدها، وتخالف سائر الأعيان؛ لأن الأعيان تقوم وتختلف أثمانها، والكلاب لا تقوم فاستوى جميعها.

وفيما يأخذ وجهان:

أحدهما: وهو قول أبى إسحاق: إنه يأخذ واحدًا منها بالقرعة.

والثانى: يعطيه الوارث ما شاء منها، فإن كان له كلب واحد فوصى به، ولم تجز الورثة، ولم يكن له مال أعطى ثلثه.

فإن كان له مال - ففيه وجهان:

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

أحدهما: وهو قول أبى على بن أبى هريرة: أنه يدفع الجميع إلى الموصى له؛ لأن أقل المال خير من الكلب، فأمضيت الوصية فيه؛ كما لو أوصى له بشاةٍ وله مال - تخرج الشاة من ثلثه.

والثانى: وهو قول أبى سعيدٍ الإصطخرى: أنه يدفع إليه ثلث الكلب؛ لأنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شىء إلا ويحصل للورثة مثلاه، ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال؛ لأنه لا قيمة له، فاعتبر بنفسه.

(الشرح) الأحكام: إن قال: أعطوه كلبًا من كلابى، وله ثلاثة كلاب دفع إليه أحدها؛ إذا كانت مما ينتفع بها، ويجوز للوارث أن يعطيه ما شاء منها، وإن اختلفت منافعها. اللهم إلا أن يكون الموصى له صائدًا، أو له ماشية أو زرع، وفى الكلاب ما يصلح لذلك؛ فإنه يجب أن يعطى ذلك على وجه.

فرع: وإن كان له كلب واحد دفع إليه ثلثه؛ إذا لم تجز الورثة؛ ليحصل للورثة مثلا ما حصل للموصى له.

قال القاضى أبو الطيب: فينتفع به الموصى له يومًا، والورثة يومين.

والظاهر: أنه لا فرق فى ذلك بين أن يكون للموصى له مال غيره أو لا، وهو وجه للإصطخرى؛ لأنه لا يمكن اعتباره من ثلث المال أو لا قيمة له؛ فاعتبر بنفسه.

والمصنف قد خص ذلك بما إذا لم يكن له مال غيره.

أما إذا كان له مال غيره، فيدفع إليه جميعه؛ لأن أقل المال خير من الكلب، وهذا اختيار ابن أبى هريرة، وأبى على الطبرى، وبه جزم القاضى الحسين والفورانى، وقال إن الدانق خير من الكلب.

وقد حكينا عن المتولى من قبل حكاية وجه فيما إذا قال: أعطوه رأسًا من رقيقى، ولم يكن له إلا رقيق واحد: أن الوصية باطلة، وذلك الوجه يتجه جريانه هنا.

فرع: لو كان له ثلاثة كلاب ولا شىء له غيرها، فأوصى بها لرجل، وردت الوصية إلى ثلثها - ففى الكيفية ثلاثة أوجه:

أحدها - قاله أبو إسحاق -: يعتبر العدد؛ فيدفع إليه واحدٌ، وإلى الورثة اثنان بالتراضى، فإن لم يتفقوا على التعيين، أقرع.

وحكى فى البحر عن القاضى أبى الطيب أنه قال: ما ذكر من القرعة لا يصح؛ لأن الخيار إلى الورثة فى إعطاء أى كلب شاءوه.

والثانى- أنه يستحق من كل كلب ثلثه.

والثالث - وهو اختيار ابن أبى أحمد ابن صاحب التلخيص -: يقدر أنها لو كانت متقومة، كم كانت قيمة كل واحد؟ ويراعى استخراج الثلث على هذا الاعتبار.

وفيه وجه رابع - اختاره بعض مشايخ خراسان: أنه يعتبر فيها قيمة منافعها؛ لأنه يصح إجارتها على الصحيح من المذهب، كذا حكاه فى البحر.

وإن كان للموصى مال غير الكلاب، فنفاذ الوصية فى جميع الكلاب أو ثلثها يخرج على الخلاف السابق.

مسألة: إذا أوصى بثلث ماله لزيد، وبكلابه الثلاثة لعمرو، فالوصية بثلث المال صحيحة، وأما الوصية بالكلاب، فعلى قول الإصطخرى: تلزم فى الثلث.

قال القاضى أبو الطيب: وعلى قول غيره، يدفع للموصى له الكلاب الثلاثة؛ لأن ما حصل للورثة من ثلثى المال خير من ضعف الكلاب. واستبعده ابن الصباغ؛ لأن ما يحصل للوارث من الثلثين هو حصتهم مما نفذت فيه الوصية وهو الثلث؛ فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرى فى الوصية بالكلاب.

فرع: وإن قال: أعطوه كلبًا - ولا كلب له - بطلت الوصية؛ لأنه لا يمكن أن يُشترى له، بخلاف ما لو قال: أعطوه عبدًا[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى له بطبلٍ من طبوله، وليس له إلا طبول الحرب - أعطى واحدًا منها.

وإن لم يكن له إلا طبول اللهو - نظرت: فإن لم يصلح وهو طبل لغير اللهو.

وإن فصل لمباحٍ - لم يقع عليه اسم الطبل، فالوصية باطلة؛ لأنه وصية بمحرمٍ.

وإن كان يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ مع بقاء الاسم جازت الوصية؛ لأنه يمكن الانتفاع به فى مباحٍ.

وإن كان له طبل حربٍ وطبل لهو، ولم يصلح طبل اللهو لغير اللهو - أعطى طبل الحرب؛ لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به، فيصير كالمعدوم.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

وإن كان يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ - أعطاه الوارث ما شاء منهما.

(فصل) فإن وصى بعودٍ من عيدانه؛ وعنده عود اللهو، وعود القوس، وعود البناءِ - كانت الوصية بعود اللهو؛ لأن إطلاق الاسم ينصرف إليه، فإن كان عود اللهو - يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ - دفع إليه، ولا يدفع معه الوتر والمضراب؛ لأن اسم العود يقع من غير وترٍ ولا مضرابٍ.

وإن كان لا يَصلح لغير اللهو فالوصية باطلة؛ لأنه وصية بمحرمٍ.

ومن أصحابنا من قال: يعطى من عود القوس والبناء؛ لأن المحرم كالمعدوم؛ كما قلنا فيمن وصى بطبلٍ من طبوله، وعنده طبل حربٍ، وطبل لهوٍ: أنه تجعل الوصية فى طبل الحرب، ويجعل طبل اللهو كالمعدوم.

والمذهب: أنه لا يعطى شيئًا؛ لأن العود لا يطلق إلا على عود اللهو، والطبل يطلق على طبل اللهو وطبل الحرب؛ فإذا بطل فى طبل اللهو حمل على طبل الحرب.

فإن قال: أعطوه عودًا من عيدانى، وليس عنده إلا عود القوس أو عود البناء - أعطى منها؛ لأنه أضاف إلى ما عنده، وليس عنده سواه.

(الشرح) قوله: (وعود البناء)[1] هى: الأخشاب التى يسقف بها، ويبنى عليها فوق الأبواب، وغير ذلك.

وقوله: (المضراب) هو الآلة التى يحرك بها الوتر، وقد يكون من فضة وذهب وخشب، وسوى ذلك.

الأحكام: إن قال: أعطوه طبلا من طبولى، وليس له إلا طبل لهو، أو عود أو مزمار - فإن كان ما يصلح منه للهو يصلح لمنفعة مباحة، من غير زوال فى الوصية عنه - دفع إليه؛ لأنه وصى بما يمكن الانتفاع به.

وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة إلا بزوال اسم ما نطق به فى الوصية - لم يصح؛ لأنه على تلك الهيئة لا منفعة فيه، وعلى غيرها لم تتناوله الوصية؛ كذا أطلقه الجمهور، ومنهم القاضى الحسين، والمصنف، وفى الحاوى: أن العود إذا كان لا يصلح لغير اللهو إلا بعد تفصيله وتخليعه، فصل ودفع إليه.

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٠١).

وقال: إن الكلام فى المزمار كذلك، وقياسه: أن يطرد فى الطبل أيضًا.

أما إذا لم يقل عند الوصية: بطبل من طبولى، بل أطلق لفظ الإعطاء - أعطى طبل حرب وهى التى تضرب للتهويل، أو طبل لهو تصلح لمنفعة مباحة.

ولو قال: من طبولى، وله طبول حرب لا غير، أعطى واحدًا منها، وإن كان له طبول لهو وحرب، أعطى طبل حرب؛ إذا لم يكن فى طبول اللهو ما يصلح لمنفعة مباحة، ويقدر كأنه لم يكن سواها. وإن كان فيها ما يصلح لمنفعة مباحة، تخير الوارث بين أن يعطيه ذلك أو يعطيه طبل حرب منها، صرح به الماوردى والقاضى أبو الطيب والبندنيجى وغيرهم، وكذلك الفورانى، وقال: إن كان فى طبوله طبل حرب وطبل العطار - وهو: الذى يوضع فيه العطر -: يخير الوارث فى إعطاء أحدهما.

قال الرافعى والمتولى: وكذلك إذا كان فيها طبل الحجيج والقوافل، وهو الذى يضرب؛ لإعلام النزول والارتحال.

وعند الإطلاق: للوارث أن يشترى أحدها ويدفعه إليه.

ثم إذا صحت الوصية بالطبل، قال الشافعى - رضى الله عنه -: فإن لم يقع اسم الطبل عليه إلا وجلده عليه، لم يجز أن يعطيه إلا وجلده عليه، بخلاف العود إذا صحت الوصية به، فإنه لا يعطى الوتر؛ لأن اسم العود يقع عليه بغير وتر، كذا حكاه البندنيجى عنه، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: العلة غير هذا، وهى أن الوتر لا يصلح لغير الضرب.

وكما لا يعطيه الوتر، لا يعطيه ما عداه مما هو من توابعه: كالملاوى التى يكون عليها الأوتار والمضارب، والحمار وهو: الخشبة التى يركب الوتر عليها ويحز فيها مواضع الوتر.

وكذا لا يعطى عند صحة الوصية بالمزمار المجمع: وهو الأبيض الذى يجعله الزامر بين شفتيه ويزمر به.

ثم لا فرق فى الوصية بالعود بين أن يطلق أو يقول: من عيدانى، وليس له إلا عود لهو، أو له عود لهو وعود بناء، وهو الذى لا يصلح إلا للبناء، وعود قِسِىّ ونبال، وهو الواحد من الخشب الذى يصلح لأن يتخذ منه القسى أو النبال؛ لأن المفهوم من العود عند الإطلاق الذى يضرب به.

وإذا قال: أعطوه عودًا، ولا عود له: فعن بعض العراقيين من أصحابنا: أنه كالوصية بالطبل على التفصيل الذى ذكرناه.

قال الرافعى: وللقائل به أن يقول للأولين: إذا كان الاستعمال فى عود اللهو أظهر، وجب أن تصرفوا قوله: أعطوه عودًا من عيدانى، وليس له إلا عُودا بناء وقِسِىّ - إلى عود اللهو، وتلغو الوصية، وقد قلتم بالصحة[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى له بقوسٍ - كانت الوصية بالقوس الذى يرمى عنه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهق، وهو قوس البندق؛ لأن إطلاق الاسم ينصرف إلى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر.

ومن أصحابنا من قال: يعطى معه الوتر؛ لأنه لا ينتفع به إلا مع الوتر.

والصحيح أنه لا يعطى؛ لأن الاسم يقع عليه من غير وترٍ.

فإن قال: أعطوه قوسًا من قسى وليس عنده إلا قوس الندف أو قوس البندق - أعطى مما عنده؛ لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه.

وإن كان عنده قوس البندق وقوس الندف - أعطى قوس البندق؛ لأن الاسم إليه أسبق.

(الشرح) وقوله: (قوس الجلاهق)[2] فارسية، وهى: قوس البندق كما ذكر، يرمى عنها الطير بالطين المدور، وأصله بالفارسية: جله، وهى: كبة غزل، والكثير: جلهاز، وبها سمى الحائك[3].

الأحكام: إن قال: أعطوه قوسًا، دفع إليه قوس ندف أو قوس رمى؛ لأن اسم القوس يطلق عليهما، إلا أن يقرن به ما يدل على أحدهما؛ فيحمل عليه للقرينة.

وهذا ما حكاه البندنيجى عن أبى إسحاق المروزى، حيث قال: إن اسم القوس يطلق على الأنواع الثلاثة ما لم يكن فى كلامه ما يدل على أحد الأنواع، وعنى بالأنواع: الجلاهق والندف وما عداها.

ثم قال: فإن كان فى كلامه ما يدل على نوع منها، أعطى ما دلت القرينة عليه،

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .
(٢) ينظر: النظم (٢/ ١٠١).
(٣) المعرب (٢٣٥)، معجم الألفاظ المولدة (٢٠١)، الصحاح (جلهق) .

فإن قال: قوسًا يرمى عنها، أعطى من الثلاث، يعنى: قوس النبال، وقوس السهام الكبار، والصغار. وإن قال: يندف بها، أعطى قوس ندف.

والجمهور على أنه عند الإطلاق يدفع إليه قوس النبال أو النشاب أو الحسبان، كما يراه الوارث؛ لأنه السابق إلى الفهم، ولا يعطى الجلاهق وقوس الندف، وهذا ما جرى عليه المصنف هاهنا وهو ظاهر النص فى المختصر.

وقوس النداف إنما سمى قوسًا؛ لكونه شبيهًا بالقسى؛ لمكان أوتارها، لا يوضع الاسم عليه، وكذا قوس الجلاهق، هكذا ذكر الشافعى - رضى الله عنه - وأطبق عليه الأئمة.

ولو جرت الوصية فى ناحية لا تعرف فيها إلا نوع واحد من هذه الأنواع، فهذا يخرج على التردد المذكور فى الوصية بالدابة.

مسألة: إذا قال: أعطوه أى قوس الرماة شئتم، انطلق على ما ذكره، ولو قال: أعطوه أى قوس يقع عليه اسم قوس - قال فى الأم -: كان لهم أن يعطوه ما يقع عليه الاسم، سواء كان قوس نداف أو غيره. ولو قال: أعطوه قوسًا من قِسِيِّى، وليس له إلا جلاهق وقِسِى نداف - قال البندنيجى: أعطى أيهما شاء الوارث، وجزم الماوردى والرافعى: أنه يعطى فى هذه الحالة الجلاهق؛ لأنها أخص بالاسم.

واعلم أنه يجب إعطاء الموصى له القوس معمولة يمكن الرمى عنها، فلو بذلها الوارث قبل الفراغ منها، لم يجبر على قبولها. وهل يجب له الوَتَر؟ حكى العراقيون فيه وجهين: أصحهما - وبه جزم الماوردى -: لا؛ لخروجه عن مسمى القوس[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى بعتق مكاتبه أو بالإبراء مما عليه - اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة؛ لأن الإبراء عتق والعتق إبراء فاعتبر أقلهما وألغى الآخر.

فإن احتملهما الثلث، عتق وبرئ من المال، وإن لم يحتمل شيئًا منه لديونٍ عليه بطلت الوصية، وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه.

فإن أدى عتق.

وإن عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة.

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

فإن احتمل الثلث بعض ذلك، مثل أن يحتمل النصف من أقل الأمرين - عتق نصفه وبقى نصفه على الكتابة.

فإن أدى عتق وإن عجز رق.

وإن احتمل الثلث أحدهما دون الآخر اعتبر الأقل فعتق به.

فإن لم يكن له مال غير العبد - نظر؛ فإن كان قد حل عليه مال الكتابة عتق ثلثه فى الحال، وبقى الباقى على الكتابة إن أدى عتق وإن عجز رق.

وإن لم يحل عليه مال الكتابة - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يتعجل عتق شىء منه؛ لأنه يحصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثلاه؛ وهذا لا يجوز؛ كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب، فإنه لا تمضى الوصية فى شىء حتى يحصل للورثة مثلاه.

والثانى: وهو ظاهر المذهب: أنه يتعجل عتق ثلثه ويقف الثلثان على العتق بالأداء أو الرق بالعجز؛ لأن الورثة على يقينٍ من الثلثين إما بالأداء، وإما بالعجز بخلاف ما لو كان له مال حاضر، ومال غائب؛ لأنه ليس على يقينٍ من سلامة الغائب.

(الشرح) الأحكام: إذا أبرأ مكاتبه من مال الكتابة، أو أعتقه فى مرض مخوف: فإن برئ من مرضه، عتق المكاتب. وإن مات من مرضه ذلك، اعتبر من الثلث.

فإن كان مال الكتابة وقيمة العبد يخرج كل واحد منهما من الثلث، عتق. وإن خرج أحدهما دون الآخر، اعتبر الأقل من قيمته أو من مال الكتابة. فأيهما خرج من الثلث عتق، مثل أن يكون قيمة العبد مائة ومال الكتابة مائة وخمسين والثلث مائة؛ فتعتبر القيمة هاهنا.

وإن كانت قيمته مائة وخمسين، ومال الكتابة مائة، والثلث مائة - اعتبر مال الكتابة هاهنا.

وإنما اعتبرنا الأقل منهما؛ لأن القيمة إن كانت هى الأقل، اعتبرت؛ لأنها قيمة من أعتقه؛ لأن مال الكتابة ما استقر ملكه عليه؛ لأن للمكاتب أن يسقطه بتعجيز نفسه.

وإن كان مال الكتابة هو الأقل اعتبر؛ لأن الكتابة لازمة من جهة السيد، ولا يستحق على العبد غيره.

وإن لم يخرج من الثلث أقلهما، وإنما احتمل الثلث النصف من أقلهما، مثل أن

يكون الثلث خمسين، وقيمة العبد أو مال الكتابة مائة - عتق نصفه، وكان نصفه باقيًا على الكتابة، فإن أدى نصف مال الكتابة، عتق باقيه، وإن عجز، رق نصفه للورثة.

فإن قيل: أليس لو أبرأه السيد فى صحته عن نصف مال الكتابة، أو أدى نصف مال كتابته - لم يعتق شىء منه، فلم أعتقتم نصفه هاهنا، وقد بقى عليه شىء من الكتابة؟

قلنا: الفرق بينهما أن هناك لم تحصل الصفة التى علق عليها العتق - وهو: أداء المال - وهاهنا قد حكمنا ببراءته من الذى خرج من الثلث. وإنما رددنا العتق فى بعضه لحق الورثة.

وإن لم يخرج شىء منهما من الثلث؛ بأن كان على السيد دين يستغرق ماله - لم يعتق شىء منه، وأخذ المكاتب بأداء ما عليه، فإن أداه، عتق، وتعلق حق الغرماء بما أداه. وإن عجز، رق وبيع بحق الغرماء.

وإن لم يكن له مال غير العبد، ولا دين عليه، ولم يجز الورثة:

فإن كان قد حل عليه مال الكتابة، عتق ثلثه فى الحال، فإن أدى ما بقى عليه من مال الكتابة، عتق ثلثاه، وإن عجز، رق ثلثاه للورثة.

وإن لم يحل عليه مال الكتابة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يتعجل عتق شىء منه؛ لأنه لا يتنجز للموصى له شىء إلا ويحصل للورثة مثلاه.

والثانى - وهو المنصوص عليه -: أنه يعتق ثلثه فى الحال؛ لأن حق الورثة فى مثلى ثلثه متيقن، إما بالأداء أو بالعجز.

وإن أوصى بعتقه، أو بالإبراء مما عليه، فحكمه حكم ما لو أعتقه فى مرض موته، أو أبرأه مما عليه، إلا أن فى هذه يوقف العتق على إعتاق الوصى أو إبرائه، وفى التى قبلها لا يحتاج إلى عتق، ولا إلا إبراء من الوصى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن قال: ضعوا عن مكاتبى أكثر ما عليه - وضع عنه النصف وشىء؛ لأنه هو الأكثر.

فإن قال: ضعوا عنه ما شاء من كتابته فشاء الجميع - فقد روى الربيع - رحمه الله - أنه يوضع عنه الجميع إلا شيئًا.

وروى المزنى: أنه إذا قال: ضعوا عنه ما شاء فشاءها كلها وضع الجميع إلا شيئًا فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه الربيع؛ لأن قوله من كتابته يقتضى التبعيض.

وما رواه المزنى خطأ فى النقل، والذى يقتضيه أن يوضع عنه الكل إذا شاء؛ لأن قوله ما شاء عام فى الكل والبعض.

وقال أبو إسحاق: ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه، وما نقله المزنى أيضًا صحيح؛ فإنه يقتضى أن يبقى من الكل شىء؛ لأنه لو أراد وضع الجميع - لقال: ضعوا عنه مال الكتابة؛ فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل.

فإن قال: ضعوا عنه ما قل وما كثر - وضع الوارث عنه ما شاء من قليلٍ وكثيرٍ؛ لأنه ما من قدرٍ إلا وهو قليل بالإضافة إلى ما هو أكثر وكثير بالإضافة إلى ما هو أقل منه.

فإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه - وضع عنه أكثرها مالًا؛ لأن إطلاق الأكثر ينصرف إلى كثرة المال دون طول المدة.

فإن قال: ضعوا عنه أوسط النجوم، واجتمع فى نجومه أوسط فى القدر، وأوسط فى المدة، وأوسط فى العدد - كان للوارث أن يضع أى الثلاثة شاء؛ لأن الوسط يقع على الثلاثة؛ فإن استوى الجميع فى المدة والقدر - وضع عنه الأوسط فى العدد.

فإن كانت النجوم ثلاثةً - وضع عنه الثانى.

فإن كانت أربعةً وضع عنه الثانى والثالث.

فإن كانت خمسةً وضع عنه الثالث، وعلى هذا القياس.

(الشرح) قوله (ضعوا عنه)[1] أى: حطوا عنه لأن الحط والوضع معناهما واحد.

الأحكام: إذا قال: ضعوا عن مكاتبى أكثر ما عليه من مال الكتابة، وضع عنه نصف ما عليه وزيادة على النصف، وتقدير الزيادة إلى اختيارهم؛ لأن ذلك أكثر ما عليه.

وإن قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه ونصفه، وضع عنه ثلاثة أرباع ما عليه وزيادة، وتقدير الزيادة إليهم.

---

(١) ينظر: النظم (٢/١٠٢) .

وإن قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثله، فقد وصى له بأكثر مما عليه؛ لأن قوله: «أكثر ما عليه» يقتضى النصف وزيادة، وقوله: «مثله» يقتضى نصفًا آخر وزيادة؛ فيوضع عنه جميع مال الكتابة، وتسقط الوصية بالزيادة؛ لأنه لم يبق لها محل.

فرع: روى المزنى: لو قال: ضعوا عنه ما شاء، فشاءها كلها، لم يكن له إلا أن يبقى شيئًا.

وروى الربيع: إذا قال: ضعوا عنه ما شاء من الكتابة، لم يجز أن يوضع عنه الكل حتى يبقى شىء منه.

واختلف أصحابنا فيها:

فقال أبو على بن أبى هريرة: الصحيح: ما نقله الربيع؛ لأن قوله: «من مال الكتابة» يقتضى البعض؛ فلا بد أن يبقى شىء. والذى نقله المزنى غلط، بل يجوز أن يوضع عنه جميع مال الكتابة إذا شاء ذلك؛ لأن قوله: «ما شاء» الكل داخل فيه.

وقال أبو إسحاق والقاضى أبو الطيب: ما نقله الربيع صحيح، وما نقله المزنى - أيضًا - صحيح، ولا بد أن يبقى شىء فيهما؛ لأن قوله: «ما شاء» يقتضى البعض؛ لأنه لو أراد الجميع، لقال: ضعوا عنه مال الكتابة.

وإن قال: ضعوا عنه بعض كتابته، أو بعض ما عليه، أو ضعوا عنه ما قل أو ما كثر، أو ضعوا عنه ما يثقل أو ما يخف - وضع عنه الوارث ما شاء من قليل أو كثير؛ لأن شيئًا من ذلك لا يقتضى شيئًا مقدرًا.

وإن قال: ضعوا عنه نجمًا من نجومه، وضع عنه الوارث أى نجم شاء، وإن كان أقلها مالا.

وإن قال: ضعوا عنه أى نجم شاء، وضع عنه أى نجم شاء المكاتب، وإن كان أكثرها مالا.

وإن قال: ضعوا عنه أوسط نجومه، فقد يكون الأوسط من ثلاث جهات:

أوسط من جهة العدد: بأن كان يكاتبه على ثلاثة نجوم، فالأوسط هو الثانى.

وإن كاتبه على أربعة نجوم، فالأوسط هو الثانى والثالث.

وإن كاتبه على خمسة، فالأوسط هو الثالث.

وأوسط من جهة الأجل: بأن يكاتبه على ثلاثة نجوم: نجم إلى شهر، ونجم إلى شهرين، ونجم إلى ثلاثة أشهر، فالأوسط من جهة الأجل هو النجم إلى شهرين.

وأوسط من جهة القدر: بأن يكاتبه على ثلاثة نجوم: نجم بعشرة، ونجم بعشرين، ونجم بثلاثين، فالأوسط من جهة القدر هو النجم بعشرين.

فإن اجتمعت هذه الجهات، وضع عنه الوارث ما شاء منها. وإن لم تجتمع إلا جهتان، وضع عنه الوارث أيهما شاء.

وإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه أو أكبر نجومه - قال ابن الصباغ -: انصرف ذلك إلى الأكثر من جهة القدر لا من جهة العدد والأجل.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كاتب عبده كتابةً فاسدةً، ثم أوصى لرجلٍ بما فى ذمته - لم تصح الوصية؛ لأنه لا شىء له فى ذمته فصار كما لو وصى بماله فى ذمة حر ولا شىء له فى ذمته.

وإن وصى له بما يقبضه منه - صحت الوصية؛ لأنه أضاف إلى حالٍ يملكه؛ فصار كما لو وصى له برقبة مكاتبٍ إذا عجزه وفى هذا عندى نظر؛ لأنه لا يملكه بالقبض، وإنما يعتق بحكم الصفة، كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه.

وإن وصى برقبته والكتابة فاسدة - نظرت: فإن لم يعلم بفساد الكتابة، ففيه قولان:

أحدهما: أن الوصية جائزة؛ لأنها صادفت ملكه.

والثانى: أنها باطلة؛ لأنه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصية.

وإن وصى بها وهو يعلم أن الكتابة فاسدة - صحت الوصية قولًا واحدًا، كما لو باع من رجلٍ شيئًا بيعًا فاسدًا، ثم باعه من غيره، وهو يعلم فساد البيع الأول.

ومن أصحابنا من قال القولان فى الجميع، ويخالف البيع فإن فاسده لا يجرى مجرى الصحيح فى الملك وفى الكتابة الفاسدة؛ كالصحيح فى العتق، والصحيح هو الطريقة الأولى.

(الشرح) الأحكام: وإن كاتب عبده كتابة فاسدة، فأوصى لآخر بما فى ذمته، لم تصح الوصية؛ لأنه لا شىء له فى ذمته.

وإن قال: إذا قبضت من الكاتب مالا فقد أوصيت به لفلان، فقد قال أبو إسحاق المروزى: تصح الوصية؛ لأنه وإن كان لا يملك فى الحال شيئًا فى ذمته لكنه إذا

قبضه ملكه، فلما أضاف الوصية إلى حال تَمَلُّكِ الموصى به، صح، كما لو أوصى برقبته إذا عجز.

قال المصنف: وفى هذا عندى نظر؛ لأنه لا يملكه بالقبض، وإنما يعتق بحكم الصفة، كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه، ثم لا يملكه.

وقال ابن الصباغ: ينبغى أن يملكه إذا لم يزد على قدر قيمة العبد؛ لأنهما يتراجعان فيها.

وإن وصى برقبته لرجل، فإن لم يعلم بفساد الكتابة فهل تصح الوصية؟ فيه قولان:

أحدهما: تصح. وهو اختيار المزنى؛ لأن ملكه لم يزل عن رقبته، فصحت الوصية بها.

والثانى: لا تصح، قال المحاملى: وهو الأشبه؛ لأنه إذا لم يعتقد أنه ملكه كان متلاعبًا بالوصية.

وهكذا القولان فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد أنه حى، فبان أنه كان ميتًا حال البيع.

وإن كان يعلم بفساد الكتابة حال الوصية، صحت الوصية، قولا واحدًا، كما لو باعه من رجل بيعًا فاسدًا، ثم باعه من آخر وهو يعلم فساد الأول.

ومن أصحابنا من قال: فيها قولان. وليس بشىء.

مسألة: وإن كاتب عبده كتابة صحيحة، ثم أوصى برقبته، لم تصح الوصية؛ لأنه لا يملك بيعه؛ فلا يملك الوصية به. فإن عجز ورق، لم تصح الوصية به؛ لأنها وقعت فاسدة.

وإن أوصى رجل بمال الكتابة، صحت الوصية، فإن أدى المال، كان للموصى له به، وعتق، وكان الولاء للورثة. وإن عجز، بطلت الوصية بمال الكتابة، واسترقه الورثة.

فإن حل نجم الكتابة، وعجز عنه، فأراد الورثة تعجيزه ليملكوه، وأراد الموصى له بالمال إنظاره به - كان للورثة تعجيزه؛ لأن حق الورثة متعلق بعينه، وحق الموصى له متعلق بما فى ذمته؛ فكان حق الورثة آكد.

قال ابن الصباغ: وهذا فيه نظر؛ لأن الحق للموصى له؛ بدليل: أنه إذا أبرأه،

عتق ولا حق لصاحب الرقبة.

مسألة: وإن أوصى بمال الكتابة لرجل، وبرقبة المكاتب إن عجز لآخر - صح.

فإن أدى المال، أخذه الموصى له بالمال، وعتق، وبطلت الوصية بالرقبة.

وإن عجز، رق، وكان للموصى له بالرقبة، وبطلت الوصية بالمال.

وإن قال: أوصيت لفلان بما يعجله المكاتب، فإن عجل المكاتب شيئًا قبل حلول النجم، استحقه الموصى له. وإن لم يعجل حتى حل النجم فأداه، لم يستحقه الموصى له؛ لأن الوصية معلقة بشرط؛ فلا يستحقه الموصى له مع فقد الشرط.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى بحج فرضٍ من رأس المال حج عنه من الميقات؛ لأن الحج من الميقات وما قبله تسبب إليه.

فإن وصى به من الثلث؛ ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنه يحج عنه من بلده.

فإن عجز الثلث عنه تمم من رأس المال؛ لأنه يجب عليه الحج من بلده.

والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا: أنه من الميقات؛ لأن الحج يجب بالشرع من الميقات؛ فحملت الوصية عليه.

وإن أوصى أن يجعل جميع الثلث في حج الفرض - حج عنه من بلده، وإن عجز الثلث عن ذلك - حج عنه من حيث أمكن من طريقه، وإن عجز عن الحج من الميقات - تمم من رأس المال ما يحج به من الميقات؛ لأن الحج من الميقات مستحق من رأس المال، وإنما جعله من الثلث؛ توفيرًا على الورثة، فإذا لم يف الثلث بالجميع بقي فيما لم يف من رأس المال.

(الشرح) الأحكام: إن أوصى بأن يحج عنه حجة الإسلام، فإن كان من رأس المال[1]، إما بتصريحه، أو بحملنا الوصية عليه - حج عنه من الميقات؛ لأنه الواجب عليه في حياته بالشرع.

وإن كان من الثلث، إما بتصريحه به، أو بحملنا الوصية عليه - فقد قيل: يحج عنه من الميقات، كما لو جعله من رأس المال، وهذا ما ادعى القاضي الحسين أنه

(١) ينظر: الأم (٤/ ٢٣)، مغني المحتاج (٣/ ٦٧)، نهاية المحتاج (٦/ ٨٩).

الذى عليه عامة الأصحاب فى الصورتين، والمصنف فى الصورة الأولى، وفى الثانية يكون ذلك من طريق الأولى.

وفى المسألة وجه آخر حكاه الماوردى: أنه يحج عنه من بلده؛ لأنه كان الواجب فى الأصل هكذا؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦] قال عمر(١) وعلى(٢) وابن عباس - رضى الله عنهم - كما حكاه القاضى أبو الطيب -: إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك، ثم رخص النبى ﷺ فى ذلك(٣)، فإذا أوصى به عاد إلى الأصل.

وقيل: إن كان قد صرح بأنه من الثلث حج عنه من بلده؛ لما ذكرناه.

وإن لم يصرح حج عنه من الميقات؛ لأن المؤنة تكون من رأس المال، وهذا قول أبى إسحاق المروزى؛ لأن من مذهبه عند تقييد الوصية بالثلث: أن يحج عنه من بلده، وعند الإطلاق: أن يكون من رأس المال جزمًا؛ فيكون من الميقات.

قال الماوردى: وما قاله أبو إسحاق عند التصريح بأنه من الثلث، هو الظاهر من كلام الشافعى، رضى الله عنه(٤).

فرع: وحكى فى الإبانة فيما إذا أوصى بأن يحج عنه حجة الإسلام من بلده، وكان ثلث ماله يفى بمؤنة الحج من بلده إلى الميقات بعد إخراج مؤنة الحج من الميقات - وجهين كالوجهين فيما إذا أوصى بأن يعتق عنه فى كفارة اليمين، وكان ثلث ماله بعد إخراج الطعام أو الكسوة يفى بذلك:

أحدهما: تبطل الوصية.

وأصحهما: أنه يعتق عنه كسائر أنواع التبرعات، ويحج عنه من بلده(٥).

---

(١) أخرج البيهقى فى سننه (٥/ ٣١) من طريق الحسن أن عمران بن حصين أحرم من البصرة فكره له ذلك عمر بن الخطاب .

(٢) أخرجه ابن جرير فى تفسيره (٢/ ٢١٣) (٣١٩٨ و٣١٩٩)، والبيهقى فى سننه (٥/ ٣٠)، وذكره السيوطى فى الدر المنثور (١/ ٣٧٦) وزاد نسبته لوكيع وابن أبى شيبة وعبد بن حميد وابن المنذر وابن أبى حاتم والنحاس فى ناسخه والحاكم وصححه .

(٣) أخرجه البيهقى (٥/ ٣٠) من حديث أبى هريرة، وقال: وفيه نظر. وذكره السيوطى فى الدر المنثور (١/ ٣٧٦) وزاد نسبته لابن عدى .

(٤) ينظر: كفاية النبيه خ .

(٥) ينظر: كفاية النبيه خ .

فرع: إذا مات وعليه حجة واجبة - إما حجة الإسلام، أو القضاء، أو النذر - فإن لم يوص بها، أوأوصى بها من رأس ماله - وجب أن يستأجر عليها من رأس المال من يحرم عنه من الميقات؛ لأنه كان لا يجب عليه أن يحرم بالحج فى حياته إلا من الميقات؛ فكذلك بعد موته.

ويجوز أن يكون الأجير من الورثة؛ لأنه معاوضة لا محاباة فيها.

فرع: وإن وصى أن يجعل جميع الثلث فى حجة الإسلام، حج به عنه من حيث أمكن من بلده إلى الميقات. فإن عجز الثلث عن حجه من الميقات، تُمِّم من رأس المال؛ لأن الحج من الميقات مستحق من رأس المال. فإن كان الثلث قدر أجرة المثل من البلد، أو ما دونه إلى الميقات - جاز أن يستأجر به الوارث والأجنبى؛ لأن ذلك معاوضة لا محاباة فيها، وإن كان الثلث يزيد على أجرة المثل من البلد أو ما دونه إلى الميقات لم يستأجر به الوارث؛ لأن الزيادة محاباة ووصية، فلا تصح للوارث. هذا نقل الشيخ أبى حامد.

وقال القفال: إذا قال: أحجوا عنى رجلا بألف، وأجرة المثل أقل، ولم يعين الأجير - ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحج عنه إلا بقدر أجرة المثل، والزيادة للوارث.

والثانى: أن الزيادة وصية لشخص موصوف بصفة، وهو حج ذلك الشخص.

قال: وحدثت حادثة بـ «مَرْوَ» اختلفت فيها فتوى مشايخنا وهى:

أن رجلا أوصى أن يشترى له عشرة أقفزة حنطة بمائة درهم فيتصدق بها عنه، فأخذ من أجود الحنطة عشرة أقفزة بثمانين درهمًا، فماذا يصنع بالعشرين الباقية من المائة؟

فمنهم من أفتى بأنها ترد إلى الوارث.

ومنهم من قال: إنها وصية لبائع الحنطة.

ومنهم من قال: يشترى بها حنطة بهذا السعر ويتصدق بها عنه. وهذا الوجه لا يتصور فى الحج.

مسألة: إذا أوصى بحجة الإسلام، ولم يقدر الأجرة، ولا عين الأجير - فإنه يستأجر بأقل ما يوجد، سواء كان الأجير أجنبيًا أو وارثًا؛ لأن ذلك معاوضة لا محاباة فيها.

وإن عين الأجرة ولم يعين الأجير: فإن كان ما عينه من الأجرة قدر أجرة المثل، جاز أن يستأجر بها الوارث والأجنبى.

وإن كان أكثر من أجرة المثل، لم يجز أن يستأجر بها الوارث إلا بإجازة الورثة معه.

وهل يستأجر بها الأجنبى؟ إن كانت الزيادة على أجرة المثل لا تخرج من الثلث، لم تلزم الزيادة إلا بإجازة الورثة. وإن كانت تخرج من الثلث، لزم الاستئجار بها على طريقة أصحابنا البغداديين.

وعلى طريقة القفال، على وجهين.

وإن عين الأجير، ولم يقدر له الأجرة، وجب استئجاره، وهل يجب استئجاره بأقل ما يؤخذ أو بأجرة مثله من نظرائه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزم استئجاره إلّا بأقل ما يؤخذ ممن يحج؛ لأنه لا فائدة فى أن يستأجر بأكثر من ذلك.

والثانى: أنه يلزم أن يستأجر بأجرة مثله من نظرائه؛ لأن الموصى لما عينه فكأنه إنما قصده لعلمه بورعه وعلمه، فاعتبرت أجرة مثله بنفسه. ولا فرق على الوجهين بين أن يكون الأجير المعين وارثًا أو أجنبيًّا.

فإن امتنع هذا الأجير المعين من الحج، أو مات قبل أن يحج، لم تسقط الوصية بالحج، واستؤجر غيره بأقل ما يؤخذ؛ لأن الحج واجب؛ فلزمه أداؤه.

وإن عين الأجير، وقدر الأجرة، بأن قال: استأجروا فلانًا يحج عنى بمائة:

فإن كانت الأجرة المقدرة قدر أجرة مثله، وجب استئجاره بها، وارثًا كان أو أجنبيًّا.

وإن كانت أكثر من أجرة مثله، كان قدر أجرة مثله من رأس المال.

وأما الزيادة فمعتبرة من الثلث: فإن خرجت من الثلث وكان الأجير أجنبيًّا، فهى وصية له تلزم إذا حج. ولم يحتملها الثلث، أو كان الأجير المعين وارثًا، وقف ذلك على إجازة الورثة.

وإن قال الأجير المعين: أحجوا غيرى بأجرة المثل، وأعطونى ما زاد عليها؛ لأنه وصية لى وهى تخرج من الثلث - لم يكن له ذلك؛ لأنه إنما وصى له بذلك بشرط - وهو أن يحج عنه - فإذا لم يحج، لم يستحق.

مسألة: إذا كانت عليه حجة واجبة، فقال: من حج عنى بعد موتى أولا - فله مائة دينار:

فحج عنه أولا أجنبى: فإن كانت المائة أجرة المثل، فلا كلام. وإن كانت أكثر من أجرة المثل، كان ما زاد معتبرًا من الثلث.

وإن حج عنه أولا وارث، قال الشافعى: فله من المائة أقل ما يؤخذ به أحد يحج عنه.

واختلف أصحابنا فى ذلك: فمنهم من قال: أراد به أجرة المثل.

ومنهم من قال: أراد أقل ما يؤخذ به من يحج عنه، ويكون ما زاد موقوفًا على إجازة الورثة، خرج من الثلث أو لم يخرج.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن أوصى بحج التطوع؛ وقلنا: إنه تدخله النيابة - نظرت: فإن قال: أحجوا بمائةٍ من ثلثى - حج عنه من حيث أمكن، وإن لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصية وعاد المال إلى الورثة؛ لأنها تعذرت فبطلت؛ كما لو أوصى لرجلٍ بمالٍ فرده.

وإن قال أحجوا عنى بثلثى - صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج، فإن اتسع المال لحجةٍ أو حجتين وفضل ما لا يكفى لحجةٍ أخرى من بلده حج من حيث أمكن من دون بلده إلى الميقات.

فإن عجز الفضل عن حجةٍ من الميقات - رد الفضل إلى الورثة، وإن أمكن أن يعتمر به، لم يفعل؛ لأن الموصى له هو الحج دون العمرة.

فإن قال: أحجوا عنى - حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلده إلى الميقات.

فإن عجز الثلث عن حجةٍ من الميقات - بطلت الوصية؛ لما ذكرناه.

(الشرح) الأحكام: إذا أوصى بحج تطوع، فإن قلنا: لا تدخل النيابة، لم تصح الوصية به.

وإن قلنا: تدخل النيابة، فإن جميع الأجرة معتبرة من الثلث.

فإن قال: أحجوا عنى، ولم يقدر الأجرة، ولا عين الأجير - قال الشيخ أبو حامد: فعلى قول أبى إسحاق: يُسْتأجر من يحج عنه من بلده بأقل ما يؤخذ، فإن لم

يحتمله الثلث، حج عنه بالثلث من حيث أمكن من بلده إلى الميقات.

وعلى قول سائر أصحابنا: يستأجر من يحج عنه بأقل ما يؤخذ من الميقات.

فإن عجز الثلث عن حجه من الميقات، بطلت الوصية فيه، ورجع ملكًا للورثة، كما لو قال: اشتروا عبيدًا وأعتقوهم، فاشتُرِيَ عبدان، وفضل من الثلث مال يمكن أن يشترى به بعض الثالث - فإنه يكون للورثة.

قال المسعودى: وفيه قول آخر فى الموضعين: أنه يتصدق بالبقية. وهذا ليس بمشهور.

وإن قال: أحجوا عنى بمائة من ثلثى فى حج التطوع، حج عنه بها من حيث أمكن من بلده إلى الميقات، فإن لم يوجد من يحج بها عنه من الميقات، بطلت الوصية، وكانت للورثة.

وإن قال: أحجوا عنى بثلثى، صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج، وهل يكون من البلد أو من الميقات؟ على وجهين:

على قول أبى إسحاق: يكون من بلده.

وعلى قول سائر أصحابنا: يكون من الميقات.

فإن اتسع الثلث لحجة أو حجتين، وبقى منه بقية لا يمكن أن يستأجر بها من يحج من الميقات - بطلت الوصية بها وردت إلى الورثة، ولا تصرف إلى العمرة؛ لأن الموصى به الحج دون العمرة.

وإن قال: أحجوا عنى فلانًا، ولم يقدر له أجرة، فهل يجب استئجاره بأجرة مثله، أو بأقل ما يؤخذ؟ على الوجهين فى المسألة قبلها.

وإن قال: أحجوا عنى فلانًا بمائة، اعتبر جميعها من الثلث؛ لأنها تطوع.

فإن امتنع الأجير المعين عن الحج، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الوصية بالحج تبطل، ولا يستأجر غيره؛ لأنه قصد إرفاق هذا الأجير، فإذا رد الوصية، بطلت، كما لو وصى له بشىء فرده.

والثانى: لا تبطل، بل يستأجر غيره بأقل ما يؤخذ، وهو الأصح؛ لأنها وصية تتضمن قربة، فإذا ردها الموصى له، لم تبطل القربة؛ كما لو وصى أن يباع له ثوب من رجل بمحاباة، ويتصدق بثمنه، فامتنع الموصى له بالشراء عن الشراء - فإن الثوب يباع من غيره ويتصدق بثمنه.

مسألة: وإن أوصى بثلثه للحجيج، قال الشافعى: أحببت أن يدفع إلى فقراء الحجيج؛ لأنهم أحوج إليه، فإن دفع إلى أغنيائهم، جاز؛ لأن اسم الحجيج يجمعهم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى أن يحج عنه رجل بمائةٍ، ويدفع ما يبقى من الثلث إلى آخر، وأوصى بالثلث لثالثٍ - فقد وصى بثلثى ماله: فإن كان الثلث مائةً - سقطت وصيته للموصى له بالباقى؛ لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة، ولم يبق شىء.

فإن أجاز الورثة - دفع إلى الموصى له بالثلث ثلثه وهو مائة، وإلى الموصى له بالمائة مائة.

وإن لم يجيزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين؛ لأنهما اتفقا فى قدر ما يستحقان، وهو المائة.

فإن كان الثلث أكثر من مائةٍ وأجاز الورثة - دفع الثلث إلى الموصى له بالثلث ودفع مائة إلى الموصى له بالمائة، ودفع ما بقى إلى الموصى له بالباقى.

وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية إلى نصفها وهو الثلث؛ فيدفع إلى الموصى له بالثلث نصف الثلث، وفى النصف الآخر وجهان:

أحدهما: يقدم فيه الموصى له بالمائة ولا يدفع إلى الموصى له بالباقى شىء حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه؛ لأنه وإن كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة فى إحراز الثلث إلا أن حقه فيما يبقى بعد المائة - فلا يأخذ شيئًا قبل أن يستوفى الموصى له بالمائة حقه؛ كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم على الجد فى إحراز ثلثى المال ثم لا يأخذ شيئًا مع الأخ من الأب والأم.

فإن كان النصف مائةً أو أقل - أخذه الموصى له بالمائة وإن كان أكثر - أخذ الموصى له بالمائة مائةً، وأخذ الموصى له بالباقى ما يبقى.

والوجه الثانى: أن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقى يقسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث فإن كان الثلث مائتين - اقتسما المائة نصفين لكل واحدٍ منهما خمسون.

وإن كان مائةً وخمسين - اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثًا: للموصى له بالمائة خمسون، وللموصى له بالباقى خمسة وعشرون، وعلى هذا القياس؛ لأنه إنما أوصى

له بالمائة من كل الثلث لا من بعضه - فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه؛ كأصحاب المواريث إذا زاحمهم من له فرض أو وصية.

(فصل) وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجلٍ، ثم وصى لمن يحج عنه بمائةٍ ووصى لآخر بما يبقى من الثلث - ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبى إسحاق: أن الوصية بالباقى بعد المائة باطلة؛ لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث؛ فعلى هذا إن أجاز الورثة نفذت الوصيتان، وإن لم يجيزوا ردت الوصية إلى الثلث.

فإن كان الثلث مائةً استوت وصيتهما؛ فيقتسمان الثلث بينهما نصفين.

وإن كان الثلث خمسمائةٍ قسم الثلث بينهما على ستة أسهمٍ: للموصى له بالثلث خمسة أسهمٍ، وللموصى له بالمائة سهم.

فإن كان الثلث ألفًا - قسم على أحد عشر سهمًا: للموصى له بالثلث عشرة أسهم، وللموصى له بالمائة سهم.

والوجه الثانى: وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أن الحكم فى هذه المسألة كالحكم فى المسألة قبلها؛ لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث - علم أنه لم يرد ذلك الثلث؛ لأن الوصية الأولى قد استوعبته، وإنما أراد ثلثًا ثانيًا.

فإذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث - دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثانى، فصار موصيًا بثلثى ماله كالمسألة قبلها.

(الشرح) قوله: (اعتد به)[1] افتعل من العدد، أى: جعله فى عدد حسابه.

وقوله: (إذا زاحمهم) أى: ضايقهم، والمزاحمة: المضايقة.

الأحكام: إن أوصى بأن يحج عنه رجل حجة تطوع، وأوصى بما بقى من ثلثه بعد المائة لآخر، وأوصى بثلث ماله لثالث - فإن كان ثلثه مائة فما دونها، فلا وصية للموصى له بالبقية بعد المائة، فإن أجاز الورثة الوصيتين: أعطى كل واحد من الموصى لهما ثلث ماله. وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث، قسم الثلث بينهما نصفين.

وإن كان ثلثه أكثر من مائة؛ بأن كان ماله أربعمائة وخمسين، وأجاز الورثة

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٠٢).

الوصيتين - دُفِع إلى الموصى له بالمائة مائةٌ، وإلى الموصى له بالبقية خمسون، وإلى الموصى له بالثلث مائة وخمسون.

وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث، ردت الوصيتان إلى الثلث - وهو: مائة وخمسون - فيعادُّ الموصى له بالمائة الموصى له بالثلث بالموصى له بالبقية معه، فيقسم الثلث بينهما نصفين، فيأخذ الموصى له بالثلث نصفه - وهو: خمسة وسبعون - وفى النصف الآخر وجهان:

أحدهما: أنه يأخذه الموصى له بالمائة؛ لأن الموصى له بالبقية إنما حقه فيما زاد على المائة، ولم يزد على المائة شيء.

والثاني: أن الموصى له بالمائة، والموصى له بالبقية يقتسمان هذا النصف بينهما، كما كانا يقتسمان جميع الثلث عند الإجازة، فيقتسمان هاهنا الخمسة والسبعين على ثلاثة: للموصى له بالمائة: سهمان، وللموصى له بالبقية: سهم.

وإن كان الثلث مائتين، فإنهما يقتسمان المائة عند الرد بينهما نصفين؛ لأن الوصية بالثلث زاحمتهما معًا فى حقيهما، فأدخلت الضرر عليهما، كأصحاب الفروض فى المواريث.

والأول هو المذهب؛ لأن الموصى له بالبقية إنما وقعت وصيته بشرط، ولم يوجد الشرط بخلاف أصحاب الفروض؛ فإن أولئك تساوت حقوقهم.

فصل: فأما إذا أوصى لرجل بثلث ماله، وأوصى أن يحج عنه رجل بمائة من ثلثه حجة التطوع، وأوصى لثالث بما بقى من ثلثه بعد المائة - فقد اختلف أصحابنا فيها:

فذهب أكثرهم إلى: أن الحكم فيها كالحكم فى التى قبلها؛ لأنها وصية بثلثى ماله.

ومنهم من قال: لا تصح الوصية للموصى له بالبقية بعد المائة؛ لأنه لما أوصى للأول بثلث ماله، علم أنه لا يبقى بعد المائة شيء.

فعلى هذا: إن أجاز الورثة الوصيتين، دُفِع إلى الموصى له بالثلث الثلثُ، وإلى الموصى له بالمائة مائة. وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث، قسم الثلث بينهما على قدر حقيهما عند الإجازة، فإن كان الثلث مائة، اقتسماها نصفين. وإن كان الثلث مائتين، اقتسماها على ثلاثة: للموصى له بالثلث سهمان، وللموصى له بالمائة سهم. وإن كان الثلث ألفًا، اقتسماه على أحد عشر سهمًا: للموصى له بالثلث عشرة

أسهم، وللموصى له بالمائة سهم، والأول أصح؛ لأنه لما أوصى بالمائة بعد الثلث، علم أنه أراد منه الثلث الثانى؛ فكانت كالأولى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى لرجلٍ بعبدٍ، ولآخر بما بقى من الثلث - قوم العبد مع التركة بعد موت الموصى، فإن خرج من الثلث - دفع إلى الموصى له.

فإن بقى من الثلث شىء - دفع إلى الآخر، وإن لم يبق شىء - بطلت الوصية بالباقى؛ لأن وصيته فيما بقى.

وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصى - قوم سليمًا ودفع إلى الموصى له الباقى؛ لأنه وصى له بالباقى من قيمته وهو سليم.

وإن مات العبد بعد موت الموصى - بطلت الوصية فيه، وقوم وقت الموت مع التركة، ودفع إلى الموصى له الباقى من الثلث؛ لأنهما وصيتان؛ فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى؛ كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما.

(الشرح) الأحكام: إن أوصى لرجل بعبد، ولآخر بما بقى من ثلثه، ففيه أربع مسائل:

إحداها: أن يموت الموصى والعبد باق بحالة سليمة: فإن العبد يقوّم مع باقى التركة، وينظر: كم قدر ثلثها؟ فيدفع العبد إلى الموصى له به، فإن بقى من الثلث شىء، دفع إلى الموصى له بالبقية تمام الثلث. وإن استغرقت قيمة العبد الثلث، فلا شىء للموصى له بالبقية؛ لأنه لم يبق له شىء.

الثانية: أن يصيب العبد عيب بعد موت الموصى: فإن العبد يقوم يوم مات سيده سليمًا، وتحسب قيمته سليمًا فى التركة، وينظر: ما بقى من ثلث التركة بعد قيمته سليمًا؛ فيدفع ذلك إلى الموصى له بالبقية، ويدفع العبد معيبًا إلى الموصى له به؛ لأنه كان سليمًا وقت استحقاق الوصية، وإنما نقص بعد ذلك بغير تفريط من أحد.

الثالثة: إذا مات العبد بعد موت سيده، وقبل قبول الوصية فيه، فقد بطلت الوصية به لفواته، إلا أنه محسوب فى التركة، فينظر: كم قدر ثلث التركة؟ وتسقط قيمته من الثلث. فإن بقى شىء بعد قيمته، دفع ذلك إلى الموصى له بالبقية.

الرابعة: إذا مات العبد قبل موت سيده، فإن العبد غير محسوب فى التركة؛ لأنه لم يخلفه السيد، فتقوم التركة، وينظر: كم قدر الثلث؟ ويقوم العبد يوم مات،

ويسقط ذلك من الثلث، ويدفع إلى الموصى له بالبقية ما بقى بعد ذلك، ولا تبطل الوصية لصاحب البقية بموت العبد؛ لأنهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى، كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما وقبل الآخر.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى له بمنفعة عبدٍ ملك الموصى له منافعه واكتسابه.

فإن كان جاريةً ملك مهرها؛ لأنه بدل منفعتها، ولا يجوز للمالك وطؤها؛ لأنه تملك الرقبة من غير منفعةٍ ولا للموصى له وطؤها؛ لأنه تملك المنفعة من غير الرقبة) والوطء لا يجوز إلا فى ملكٍ تام.

ويجوز تزويجها لاكتساب المهر، وفيمن يملك العقد ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يملكه الموصى له بالمنفعة؛ لأن المهر له.

والثانى: يملكه المالك؛ لأنه يملك رقبتها.

والثالث: لا يصح العقد إلا باتفاقهما؛ لأن لكل واحدٍ منهما حقًّا فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر.

فإن أتت بولدٍ مملوكٍ - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه للموصى له؛ لأنه من جملة فوائدها فصار كالكسب.

والثانى: أنه كالأم رقبته للمالك ومنفعته للموصى له؛ لأنه جزء من الأم، فكان حكمه حكم الأم.

فإن قتل ففى قيمته وجهان:

أحدهما: أنها للمالك؛ لأنها بدله فكانت له.

والثانى: وهو الصحيح أنه يشترى به مثله: للمالك رقبته وللموصى له منفعته؛ لأنه قائم مقام الأصل، فكان حكمه حكم الأصل.

فإن جنى على طرفه - ففى أرشه وجهان:

أحدهما: أنه للمالك؛ لأنه بدل ملكه.

والثانى: وهو الصحيح: أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبة للمالك، وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له؛ لأنه دخل النقص عليهما، فقسط الأرش عليهما.

فإن احتاج العبد إلى نفقةٍ ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: وهو قول أبى سعيدٍ الإصطخرى: أن النفقة على الموصى له بالمنفعة؛ لأن الكسب له.

والثانى: أنها على المالك، وهو قول أبى على بن أبى هريرة؛ لأن النفقة على الرقبة فكانت على مالكها.

والثالث: أنها فى كسبه، فإن لم يف الكسب ففى بيت المال؛ لأنه لا يمكن إيجابها على المالك؛ لأنه لا يملك الانتفاع، ولا على الموصى له؛ لأنه لا يملك الرقبة، فلم يبق إلا ما قلناه.

فإن احتاج البستان الموصى بثمرته إلى سقى، أو الدار الموصى بمنفعتها إلى عمارةٍ - لم يجب على واحدٍ منهما؛ لأنه لو انفرد كل واحدٍ منهما بملك الجميع - لم يجبر على الإنفاق، فإذا اشتركا لم يجب.

(فصل) فإن أراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أنه يجوز؛ لأنه يملكها ملكًا تامًّا.

والثالث: يجوز بيعها من الموصى له؛ لأنه يمكنه الانتفاع بها.

ولا يجوز من غيره؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بها.

فإن أراد أن يعتقه جاز؛ لأنه يملكه ملكًا تامًّا وللموصى له أن يستوفى المنفعة بعد العتق؛ لأنه تصرف فى الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة ولا يرجع العبد على المالك بأجرته، كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق فى أحد القولين؛ لأن هناك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة.

(الشرح) الأحكام: إذا أوصى له بمنفعة عبد، فمات الموصى، وقبل الموصى له، وخرج العبد من الثلث - ملك الموصى له منافعه وأكسابه، وله أن ينتفع به بنفسه، ويؤاجره، ويعيره، ويوصى به، وهل له أن يسافر به؟ فيه وجهان، حكاهما المسعودى. المشهور: أن له ذلك كعبده الذى يملكه.

وإن التقط هذا العبد لقطة، أو وهب له مال، قال فى «الإفصاح»: احتمل وجهين بناء على القولين أن ذلك يدخل فى المهايأة:

فإن قلنا: إنه يدخل فى المهايأة فى العبد بين الشريكين، كان ذلك للموصى له.

وإن قلنا: لا يدخل فى المهايأة، كان ذلك ملكًا لمالك الرقبة.

وإن مات الموصى له والعبد باق، فهل يرث ورثته المنفعة؟ فيه وجهان، حكاهما في «الإفصاح»، و «الإبانة»:

أحدهما: لا تورث عنه، بل تكون لمالك الرقبة. وبه قال أبو حنيفة؛ لأن الميراث لا يجري في المنافع.

والثاني - وهو الأصح -: أنها تورث عنه كسائر أمواله، ولا يسلم أن الميراث لا يجري في المنافع؛ لأنه لو استأجر عينًا ومات قبل استيفاء المنفعة، ورثها ورثته.

وعلى من تجب نفقة هذا العبد؟ حكى الشيخ أبو حامد فيه وجهين:

أحدهما: تجب على مالك الرقبة؛ لأن النفقة للرقبة، فكانت على مالكها.

والثاني: أنها في كسبه؛ لأنه لا يمكن إيجابها على مالك المنفعة؛ لأنه لا يملك الرقبة، ولا يمكن إيجابها على مالك لرقبة؛ لأنه لا يملك المنفعة، فكانت في كسبه. فإن لم يكن في كسبه وفاء أو لا كسب له، كانت في بيت المال.

وحكى المصنف فيها وجهًا ثالثًا: أنها تجب على الموصى له بالمنفعة؛ لأن الكسب له.

وإن قتل هذا العبد حر أو قتله عبد خطأ، وجبت قيمته، وماذا يصنع بها؟ فيه وجهان:

أحدهما: تكون ملكًا لمالك الرقبة؛ لأنها بدلها؛ فكانت لمالكها.

والثاني - وهو الصحيح -: أنه يُشترى بها عبدٌ تكون منفعته للموصى له، ورقبته لورثة الموصى؛ لأن لكل واحد منهما حقًّا فيما قام مقام الأصل؛ فلم يجز إبطاله.

وإن قتله عبد عمدًا، فمن يستوفي القصاص؟ فيه وجهان، حكاهما المسعودي:

أحدهما: يستوفيه مالك الرقبة.

والثاني - وهو قول أبي حنيفة -: أن الاستيفاء للموصى له.

فإن قطع رجل طرفه، وجب عليه الأرش، ولمن يكون؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لمالك الرقبة؛ لأنه بدلها.

والثاني: أن ما قابل من الأرش ما نقص من قيمة الرقبة يكون لمالك الرقبة، وما قابل منه ما نقص من المنفعة يكون للموصى له.

ومن أصحابنا من قال: إن كان المتلف مما ينقص منفعة العبد كاليد والرجل، أخذ أرشه واشتُرِي به عبدٌ أو جزءٌ من عبد تكون منفعته للموصى له، ورقبته لوارث

الموصى. وإن كان المتلف مما لا ينقص المنفعة كالذكر ونحوه، كان أرشه لمالك الرقبة وحده.

وإن جنى هذا العبد على غيره، فإن اتفقا على فديته، فدياه، وكان باقيًا على ما كان عليه. وإن فداه أحدهما دون الآخر، كان متطوعًا. وإن امتنعا من الفدية، بيع عليهما.

فرع: وإن كان الموصى بمنفعته جارية، فأتت بولد من زواج أو زنى، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الولد للموصى له بالمنفعة، كما قلنا فى كسبها.

والثانى: أنه يكون كأمه: منفعته للموصى له، ورقبته للوارث؛ لأنه كجزء منها.

ويجوز تزويجها، وفيمن يملك عقد النكاح عليها ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ذلك إلى الموصى له بالمنفعة؛ لأن مهرها له.

والثانى: أنه لمالك الرقبة؛ لأن ملك الرقبة له.

والثالث: لا يصح إلا باجتماعهما؛ لأن لكل واحد منهما فيها حقًّا، فلم ينفرد أحدهما بالعقد عليها؛ كالجارية بين الشريكين.

وإن أراد أحدهما وطأها، لم يكن له؛ لأن كل واحد منهما لا يملكها ملكًا تامًّا، والوطء لا يجوز إلا فى ملك تام: كالجارية بين الشريكين، هذه طريقة أصحابنا البغداديين.

وقال المسعودى: يجوز وطؤها لمالك الرقبة.

والأول أصح، وعليه التفريع.

إذا ثبت هذا: فإن وطئها الموصى له بالمنفعة، فلا حد عليه؛ لأن له فيها شبهة، ولا مهر عليه؛ لأن المهر له.

وإن أتت منه بولد، فالولد حر للشبهة:

فإن قلنا: إن الولد الذى تأتى به من الزنى أو النكاح يكون مملوكًا للموصى له، لم يجب عليه هاهنا قيمته.

وإن قلنا: إن الولد الذى تأتى به من الزنى أو النكاح يكون كأمه - أخذت منه قيمته، وماذا يصنع بها؟ فيه وجهان، كما لو قتلت الأم:

أحدهما: يكون الملك لمالك الرقبة.

والثانى: يُشترى بها عبد يقوم مقامه، منفعته للموصى له، ورقبته لورثة الموصى.

وإن وطئها وارث الموصى، فلا حد عليه للشبهة، ويجب عليه المهر للموصى له. وإن أتت منه بولد، كان حرًّا؛ لأن له فيها شبهة ملك.

وأما قيمة الولد، فإن قلنا: لو كان مملوكًا كان للموصى له، لزم وارث الموصى دفع قيمته إلى الموصى له.

وإن قلنا: يكون موقوفًا كأمه، فقد أتلف الوارث رقه.

فإن قلنا: لو قتل تكون قيمته لمالك الرقبة، لم يجب عليه قيمته؛ لأنها لو وجبت عليه، لكانت له.

وإن قلنا: يشترى بها ما يقوم مقامه، أخذت منه القيمة، واشترى بها ولد تكون منفعته للموصى له، ورقبته لورثة الموصى.

فرع: إذا أراد مالك الرقبة بيع الرقبة، فهل يصح بيعه لها؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يصح؛ لأنه بيع صادف ملكًا له، فهو كما لو لم يكن موصى بمنفعتها.

والثانى: لا يصح بيعه؛ لأنه بيع ما لا منفعة فيه، فهو كبيع الجعلان والخنافس.

والثالث: إن باعها من الموصى، له بالمنفعة، صح بيعه؛ لأنه يحصل له الرقبة والمنفعة؛ فتكون بيع ما فيه المنفعة. وإن باعها من غيره، لم يصح؛ لأنه لا ينتفع بالرقبة من غير منفعة.

فإن أعتقها مالك الرقبة، صح عتقه؛ لأن العتق صادف ملكه، وللموصى له أن يستوفى منفعته؛ لأنه ملكها قبل العتق، فهو كما لو استأجر رجل عبدًا ثم أعتقه مالكه.

ولا يرجع المعتق على الذى أعتقه بشىء، بخلاف العبد إذا أجره سيده ثم أعتقه قبل انقضاء الإجارة؛ فإنه يرجع عليه بأجرته بعد العتق فى أضعف القولين.

والفرق بينهما: أن السيد هناك ملك عوض منفعته، وهاهنا: الوارث لم يملك عوض منفعته؛ فلذلك لم يرجع عليه بشىء.

إذا ثبت هذا: فقد قال فى الكفاية شرح التنبيه: إن أوصى برقبة عبد دون منفعته، أعطى الرقبة، أى: خالية عن المنفعة؛ عملا بالأصل.

قال: فإن أراد عتقها، أى: تبرعا، جاز؛ لأنها ملكه، ولو أراد عتقها عن الكفارة، لم يجزه.

وفيه وجه: أنها تجزئ.

قال: وعن ابن القطان وجه: أن عتقها لا ينفذ مطلقًا، حكاه ابن يونس.

وفى الحاوى حكاية وجه عن أبى الحسين بن القطان فيما إذا أوصى بمنفعته دون رقبته: أن الوارث لا ينفذ عتقه، ثم قال الماوردى: وهذا على الوجه الذى يجعل الرقبة داخلة فى ملك الموصى له، وإذا كان هذا مأخذ الوجه لم يحسن جريان مثله فى مسألة الكتاب؛ لأن الموصى له ملك الرقبة، والصحيح الأول، وتبقى المنافع على ملك الورثة، ولا يرجع المعتِق على المعْتَق بشىء؛ لأنه لم يفوت عليه شيئًا، وإنما المفوت لذلك الموصى؛ فأشبه ما إذا أجر مورثه عبدًا، وأعتقه الوارث؛ فإنه لا يرجع عليه بشىء، بخلاف عتق العبد الذى أجره؛ فإنه يغرم على أحد القولين؛ لأنه المفوت.

وفى تعليق أبى الطيب: أنه إذا أوصى بالمنفعة فأعتق صاحب الرقبة الرقبة، فهل يسقط حق صاحب المنفعة من منفعته؟ فيه وجهان.

وحكى الرافعى: وجه البطلان عن حكاية أبى الفرج البزاز؛ إذ يبعد أن يكون الحر مستحق المنفعة أبد الدهر.

وعلى هذا فهل يرجع الموصى له على المعتق ببدل المنافع؟ فيه وجهان: وهذا بعينه يتجه جريانه فى مسألتنا.

قال: وإن أراد بيعها لم يجز؛ لأنها عين مسلوبة المنفعة؛ فلم يجز بيعها كالأعيان التى لا منفعة لها، وهذا الصحيح من المذهب عند القاضى أبى الطيب، وقال: إن به قال أكثر الأصحاب.

وقيل: يجوز؛ لأنه يملكها ملكًا تامًا، وفيها منفعة الإعتاق، وهذا هو المذهب فى تعليق البندنيجى والبحر، وعلى هذا لو كان الموصى بمنفعته غير آدمى، فهل يجوز بيعه؟ فيه وجهان:

وقيل: إن أراد بيعها من مالك المنفعة جاز؛ لأنه يتكامل له الرقبة والمنفعة؛ فيكون كبيع ما فيه منفعة.

وإن أراد بيعها من غيره، لم يجز؛ لأن يد صاحب المنفعة تمنع من تسليمها إلى غيره.

قال الرافعى: وهذا أرجح على ما يدل عليه كلام الأئمة.

فرع: هل تجوز كتابة مثل هذا العبد؟

المذهب فى النهاية: لا.

وفيه وجه: أنها تصح؛ اعتمادًا على الصدقات.

ولا يجوز للموصى له تزويج الأمة الموصى برقبتها، وكذلك مالك المنفعة، فلو اتفقا على التزويج: جاز، قاله ابن الصباغ والقاضى الطبرى. وهذا ما حكاه فى الحاوى وجهًا، وحكى معه وجهين آخرين:

أحدهما - قال فى البحر: وهو الصحيح -: أن لمالك المنفعة تزويجها؛ لأن المهر له.

والثانى: أن لمالك الرقبة التزويج(١).

وقال فى التتمة: إن قلنا: يجوز للموصى له وطؤها، فيجوز له تزويجها، وإن قلنا: لا يجوز له وطؤها؛ فلا يجوز له تزويجها.

قال: وفى نفقته وجهان:

أحدهما: أنها على الموصى له بالرقبة؛ لأن النفقة على الرقبة؛ فكانت على مالكها، وهذا هو المذهب فى تعليق البندنيجى والأصح فى النهاية، وبه جزم الفورانى. وقال فى البحر: إنه نص عليه فى زكاة الفطر.

والثانى: أنها على مالك المنفعة؛ لأن المنافع له على التأبيد؛ فكانت عليه النفقة؛ كنفقة الزوجة؛ وهذا قول الإصطخرى، واستضعفه الإمام.

وفيه وجه حكاه العراقيون: أنها فى كسبه، فإن لم يكن له كسب، ففى بيت المال.

قال الإمام: وما ذكرناه فى النفقة يطرد فى الكسوة وجميع المؤن اللازمة على المالك فى مملوكه.

التفريع: إن قلنا بوجوب النفقة على مالك الرقبة، فله أن يسقطها بالبيع على رأى، أو بالعتق إن قلنا: إن العتق يبطل حق صاحب المنفعة منها، وتكون نفقته - إذ ذاك - فى كسبه. وكذا إن قلنا: إن حق صاحب المنفعة لا يسقط منها بالعتق، تسقط نفقته عنه أيضًا بعتقه على المذهب الصحيح، ويكون فى بيت المال.

---

(١) ينظر الروضة (٦/ ١٨٧)، التحفة (٧/ ٦٢)، مغنى المحتاج (٣/ ٦٥) .

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه: ومن أصحابنا من قال على هذا: له الرجوع على المعتق بأقل الأمرين من أجرته التى هى قيمة منافعه أو نفقته، وهذا لا وجه له.

فرع: إذا كان الموصى برقبته أمة، فأتت بولد من نكاح أو زنى، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لمالك المنفعة؛ لأنه من جملة الفوائد كالكسب.

والثانى: أن حكمه حكم الأم.

وفى الحاوى: وجه ثالث فيما إذا كانت الرقبة للورثة والمنفعة للموصى له: أن الولد يكون للورثة؛ لأنه غير معهود من كسبها وأنه تابع لرقبتها.

وهذه العلة قد تمنع جريانه فى مسألتنا.

أما المهر فقد جزم البندنيجى وغيره من العراقيين والرويانى وصاحب التهذيب: بأنه لمالك المنفعة، وهو متفق عليه؛ إذا كان مالك المنفعة الوارث.

فأما إذا كان الموصى له بها فهو كذلك عند العراقيين، وقال المراوزة: يكون للورثة إذا كانت الرقبة على ملكهم؛ لأن بدل منفعة البضع لا تجوز الوصية بها؛ فبدلها لا يستحق بالوصية.

قال الرافعى: وهذا أشبه، وبه جزم المتولى.

قلت - أى: صاحب الكفاية -: ما قالوه منتقض بمهر الموقوفة؛ فإنه مصروف لمالك منفعتها، وهو الموقوف عليه، وإن كان لا يصح وقف منفعة البضع.

ولو كان الوطء بشبهة فحكم المهر ما تقدم، والولد حر، وعليه قيمته. وفيما يصنع بها الخلاف السابق فيما لو كان الولد رقيقًا لمن يكون؟ ولا خلاف أنه لا يحل لمالك المنفعة دون الرقبة وطؤها، فلو وطئها فلا حد ولا مهر عند الجمهور، ومنهم القاضى الحسين.

وقيل: يجب الحد، وهو ما جعله فى التتمة المذهب؛ إذا كان عالمًا بالتحريم، وجعل الأول مبنيًا على قول من أوجب النفقة عليه؛ فيصير كالنكاح، وإذا كانت المنفعة منتقلة إليه بالوصية يجب عليه المهر على قياس قول المراوزة، وعلى الصحيح إذا أتت بولد فهو حر.

وقيل: رقيق.

فإن قلنا بحريته، لم تصر الجارية أم ولد له، وقيمة الولد ما حكمها؟ فيها الخلاف السابق.

وهل يجوز لمالك الرقبة وطؤها؟ قال العراقيون: لا.

وفصَّل غيرهم، فقال: إن كانت ممن تحبل، فلا يجوز له الوطء، وإن كانت ممن لا تحبل جاز، وإلا فوجهان؛ كما في وطء الراهن الجارية المرهونة.

وعكس المتولى ذلك، فقال: إن كانت ممن لا تحبل جاز الوطء، وإلا فوجهان؛ فبذلك يجتمع ثلاثة أوجه.

فإن حرمنا الوطء، فلا حد للشبهة، ووجب عليه المهر لمالك المنفعة؛ إذا قلنا: هو له، وولده حر، وفيما يصنع بقيمته الخلاف السابق، والجارية أم ولد له - على المذهب - فتعتق بموته.

وفيه وجه حكاه العراقيون: أنها لا تصير أم ولد له.

قال: وإن قُتِل العبد اشتُرِى بقيمته - أى: كامل المنفعة - ما يقوم مقامه؛ جمعًا بين الحقين، وهذا أصح عند الشيخ أبى حامد والرويانى والإمام والقاضى الحسين، وهو اختيار أبى الحسن الماسرجسى، وشبهه بالعبد الموقوف.

وقيل: قيمته للموصى له بالرقبة؛ لأن القيمة بدل الرقبة.

وفى المسألة وجهان آخران حكاهما الماوردى:

أحدهما: أنها لمالك المنفعة.

والثانى: توزع على الرقبة مسلوبة المنفعة، وعلى المنفعة وحدها. وطريقه: أن يقوم العبد بمنافعه، فإذا قيل: مائة، قوم بدون منفعته، فإذا قيل: عشرة، سلم لمالك المنفعة تسعة أعشار القيمة، ولمالك الرقبة عشرها.

ولو كان الواجب قصاصًا، اشتركا فيه على الوجه الأول، واختص باستيفائه مالك الرقبة على الوجه الثانى، وبه جزم الماوردى والرافعى، وكذا الرويانى ثم حكى الأول عن بعض المراوزة.

قال الماوردى: ولو عفا مالك الرقبة عن القصاص إلى مال، سقط القصاص، وإن عفا عن القصاص والمال، صح عفوه عن القصاص، وفى صحته عن المال وجهان.

ولو جنى على طرف من أطرافه، فمن الأصحاب من طرد الأوجه فى الأرش، وذكر أنه يشترى به على الوجه الأول، ومنهم من قطع بكون الأرش لمالك الرقبة.

قال الرافعى: واتفقوا على ترجيحه وإن ثبت الخلاف.

وقال صاحب البحر والقاضى الحسين: الصحيح: أن ما يقابل ما نقص من قيمة الرقبة لمالك الرقبة، وما قابل ما نقص من قيمة المنفعة لمالك المنفعة.

فإن لم ينقص الفائت من المنفعة شيئًا، قال الماوردى وابن الصباغ: فالأرش كله لمالك الرقبة.

واعلم أن ما ذكرناه فيما إذا كانت الرقبة موصى بها، يجرى فيما إذا كانت المنفعة موصى بها خاصة، وهى التى فرض الأصحاب الكلام فيها، ويكون الوارث فى هذه الحالة كالموصى له بالرقبة فى مسألة الكتاب.

وقد حكى الإمام فيما إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤقتة: أن قيمة المقتول تصرف إلى الموصى له بالمنفعة؛ بناء على أن المعتبر من الثلث قيمة الرقبة بمنفعتها.

فرع: إذا جنى العبد الموصى برقبته أو بمنفعته جناية، نظر: فإن كانت توجب القصاص فى النفس واستوفى منه، بطلت الوصية.

وإن كانت توجبه فى اليدين والرجلين واستوفى منه، قال فى الحاوى: بطلت الوصية بمنفعته.

وإن كانت جنايته خطأ، تعلقت برقبته، فإن لم يتبرع أحد بفدائه، بيع فى الجناية، فإن زاد الثمن على الأرش، قال أبو الفرج السرخسى: يقسم الزائد بينهما على قدر حقهما.

قال الرافعى: وينبغى أن يجىء فيه الخلاف السابق.

قلت - أى: صاحب الكفاية -: وينبغى أن يقتصر على بيع قدر أرش الجناية؛ فإن به يحصل الغرض، اللهم إلا ألّا يمكن بيع البعض، فيباع الكل.

وإذا فداه مالك الرقبة، بقى مالك المنفعة على حقه، وهل لمالك المنفعة بسبب الوصية فداؤه أيضًا كما لمالك الرقبة ذلك؟ فيه وجهان:

المذكور منهما فى الحاوى: أن له أن يفديه، ويبقى حق مالك الرقبة فيه، وهو نظير ما ذكرناه فيما إذا جنى العبد الموهوب من الابن وأراد الأب أن يفديه، بل هاهنا أولى؛ لأن الأب يطلب الفداء؛ ليثبت لنفسه حق الرجوع، والموصى له يطلبه حتى لا يفوت حقه، وهذا فيما إذا فدى أحدهما العبد بمنافعه، فلو أراد أحدهما أن يفدى ماله، قال أبو عبد الله الحناطى: يباع نصيب صاحبه.

قال الرافعى: وفيه إشكال؛ لأنه إن فدى مالك الرقبة، فكيف يمكن بيع المنافع

وحدها.

وإن فدى صاحب المنفعة، فاستمر حقه؛ فبيع الرقبة يكون على الخلاف السابق[١]. انتهى كلام صاحب الكفاية.

فصل: فى فروع ذكرها العمرانى فى البيان تتعلق بما سبق من أحكام الفصول السابقة.

فرع: إذا دفع رجل إلى رجل مالا، وقال: إذا مت، فتصرف فيه بالبيع والشراء، وما حصل فيه من الربح فلك نصفه، فمات - فلا يجوز له أن يتصرف فيه.

واختلف أصحابنا فى علته:

فقال ابن الحداد: لأن المال قد انتقل إلى ملك وارث الموصى.

ومنهم من قال: هذه العلة غير صحيحة؛ لأنه لو أوصى لرجل بمنفعة داره أو عبده، صح وإن كان قد انتقل إلى ملك وارثه، وإنما العلة: أنه لم يوص له بعين ولا منفعة عين مع بقائها؛ فلم يصح، كما لو أوصى أن يُقْرَضَ فلان كذا وكذا من ماله.

وقال القاضى أبو الطيب: إنما لم يصح لأنه عقد مضاربة على شرط مستقبل؛ فلم يصح؛ كما لو قال: قارضتك على هذا المال إذا قدم الحاج.

فرع: إذا قال: أعطوا زيدًا عشرة من ثلثى، وعبد الله عشرة من ثلثى، وخالدًا خمسة من ثلثى، وقدموا خالدًا على عبد الله، وكان ثلثه عشرين - أعطى زيد ثمانية، وخالد خمسة، وعبد الله سبعة؛ لأن الوصية تزيد على الثلث بالخمس. فلو لم يقل: قدموا خالدًا على عبد الله - لوجب أن ينقص كل واحد منهم خمس ما وصى له به، فلما قال: قدموا خالدًا على عبد الله؛ اقتضى ذلك توفير حصة عبد الله على خالد، ويجعل نقصان حقه من حق عبد الله.

ولو قال: قدموا خالدًا على زيد، لأُعْطِى زيد سبعة، وعبد الله ثمانية، وخالد خمسة.

مسائل من الدور فى الهبة: لو أن مريضًا وهب لرجل عبدًا يساوى مائة، فقبضه الموهوب له بإذنه، ثم إن الموهوب له مرض، فوهب ذلك العبد من الذى وهبه منه وأقبضه إياه، ولا مال لهما غيره، وماتا من مرضهما ذلك، ولم يجز ورثتهما - فإن

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

قلنا: إن الاعتبار بالتركة حال الوصية، فلا دور فى هذه المسألة وأشباهها، بل تصح هبة الأول فى ثلث العبد، ثم يرجع إليه من ذلك الثلث ثلثه، وهو: التسع.

وإن قلنا بالمذهب، وأن الاعتبار بالتركة حال موت الموصى، وقع الدور؛ لأن الموهوب لما وهب للواهب، ازدادت تركته؛ فتصح هبته فى أكثر من ثلث العبد، ثم تصح هبة الثانى فى ثلث ما صح له من العبد؛ فاحتيج إلى قطع الدور، فنقول: صحت هبة الأول فى شىء من العبد، فلما وهبه الموهوب من الواهب - رجع إلى الواهب ثلث ذلك الشىء، فمات الواهب الأول وفى يد ورثته عبد يساوى مائة إلّا ثلثى شىء تعدل شيئين، فاجبر المائة بثلثى الشىء الذى نقصت به المائة، وردَّ ذلك على الشيئين المعادلين لها، فتصير مائة تعدل شيئين وثلثى شىء، فابسط الشيئين أثلاثًا، وضم إليه ثلثى الشىء؛ فيصير ثمانية أجزاء، فالشىء الكامل ثلاثة أجزاء من ثمانية - وهو الذى صحت به هبة الأول - ثم يرجع إلى الأول من هبة الثانى جزء من الثلاثة؛ فيصير مع ورثته ستة أثمان العبد - وهو مثلا ما صحت الهبة منه فيه - ويبقى مع ورثة الثانى جزءان من ثمانية، وهو مثلا ما صحت الهبة منه فيه.

فلو أن الواهب الأول أعتق هذا العبد بعد أن اتهبه من الثانى، فإن أبا العباس بن سريج قال: يدخل عتقه فى تمام الثلث - وهو سهمان من أربعة وعشرين - فيكون لورثة الموهوب له الأول أربعة أسهم، ويعتق منه سهمان، ويبقى لورثة الواهب الأول ستة عشر سهمًا مثلا ما خرج منه بالهبة والعتق.

وقال ابن اللبان: هذا خطأ، بل لا يعتق منه شىء؛ لأنه بدأ بالهبة قبل العتق، ولم يحتمل الثلث للهبة أكثر من ثلاثة أثمانه، فكيف يصح العتق بعده؟ ولأن هبة الأول قد صحت فى تسعة أسهم من أربعة وعشرين، ثم يصح عتقه فى سهمين؛ فيؤدى إلى أن تصح وصيته فى أحد عشر من أربعة وعشرين، ويبقى مع ورثته ثلاثة عشر، وذلك أقل من مثلى ما خرج منه بالوصية، وذلك لا يجوز.

فإن لم يعتقه الأول، ولكن خلف الواهب الثانى ستين درهمًا، فإنك تقول: تصح هبة الأول فى شىء من العبد، وتصح هبة الثانى فى ثلث ذلك الشىء وفى قدر ثلث الدراهم التى تركها؛ فيكون مع ورثة الأول مائة وعشرون درهمًا إلا ثلثى شىء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين وثلثى شىء، الشىء الواحد ثلاثة أثمان مائة وعشرين - وهو خمسة وأربعون - وهو الذى صحت فيه هبة الأول - وهو ربع العبد

وخمسه - فإذا انضم ذلك إلى تركة الواهب الثانى، كانت تركته مائة وخمسة؛ فتصح هبته فى قدر ثلث ذلك - وهو خمسة وثلاثون - وهو ثلث شىء وعشرون درهمًا، فإذا ضممت ذلك إلى خمسة وخمسين من قيمة العبد بعد الهبة الأولى، صار ذلك تسعين - وهو مثلا ما صحت فيه هبة الأول - ويبقى لورثة الواهب الثانى عشر العبد، وقيمته عشرة، وستون درهمًا، وهو مثلا ما صحت فيه هبته.

فرع: وإن وهب رجل مريض لأخيه مائة درهم، وأقبضه إياها، فمات الأخ الموهوب له أولا، وخلف بنتًا وأخاه الواهب له، ثم مات الواهب من مرضه ذلك، ولا مال لهما غير هذه المائة - فإنك تقول: صحت الهبة فى شىء من المائة، فلما مات الموهوب له، ورث الواهب نصف ذلك الشىء؛ فبقى فى يد ورثته مائة إلا نصف شىء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت المائة شيئين ونصف شىء، فالشىء خمسا المائة - وهو أربعون درهمًا - وهو الذى صحت فيه الهبة، فلما مات الموهوب له، ورث الواهب منه عشرين؛ فيصير مع ورثته ثمانون، وهو مثلا هبته.

فإن ترك الموهوب له مائة غير المائة الموهوبة، فإنك تقول: صحت الهبة فى شىء من المائة الموهوبة، ثم يرث الواهب نصف ذلك الشىء ونصف المائة التى تركها الموهوب له؛ فيبقى فى يد ورثة الواهب مائة وخمسون إلا نصف شىء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين ونصف شىء، والشىء الكامل خمسا ذلك - وهو ستون درهمًا - فتصح الهبة فى ستين درهمًا من المائة، ويبقى منها أربعون؛ فيصير مع الموهوب له مائة وستون، فيرث الواهب نصف ذلك - وهو ثمانون - مع الأربعين التى بقيت من المائة فيصير مع ورثته مائة وعشرون، وهو مثلا هبته.

وهكذا: الحكم فيمن وهب زوجته فى مرض موته مائة، وماتت الزوجة قبله ولم تخلف ولدًا وورثها الزوج.

فإن ماتت الزوجة ولا مال لها غير المائة التى وهبها الزوج، وعليها دين عشرة، فحسابه أن نقول: تصح الهبة للزوجة فى شىء من المائة، ويخرج من ذلك الشىء عشرةٌ دينها، ثم يرث الزوج نصف ما بقى بعد الدين، وهو نصف شىء إلا خمسة؛ فيحصل لورثة الزوج خمسة وتسعون درهمًا إلا نصف شىء يعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين ونصفا، فالشىء خمسًا خمسة وتسعين - وهو ثمانية وثلاثون - وهو الذى صحت فيه الهبة، فيخرج منه دين المرأة - عشرة - فيبقى ثمانية

وعشرون؛ فيرث الزوج نصف ذلك - وهو أربعة عشر - وهو نصف شيء إلا خمسة دراهم، فإذا أضيفت الأربعة عشر إلى اثنين وستين - الذى بقى من المائة - صار ذلك ستة وسبعين، وهو مثلا ما صحت فيه الهبة.

وإن كان الزوجان مريضين، ولكل واحد منهما مائة لا مال له غيرها، فوهب كل واحد منهما مائته لصاحبه وأقبضه، ثم ماتا من مرضهما ذلك، ولا ولد لواحد منهما:

فإن ماتت الزوجة أولا، بطلت هبتها للزوج؛ لأنه وارثها فتصح الهبة من الزوج لها فى شيء، ويرث الزوج نصفه ونصف المائة التى خلفتها؛ فيصح مع ورثة الزوج مائة وخمسون إلا نصف شيء يعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين ونصف شيء، والشيء خمسا ذلك - وهو ستون درهمًا - فيضم ذلك إلى مائة الزوجة، فيرث الزوج نصف ذلك - وهو ثمانون - مع الأربعين التى بقيت من مائة الزوج، فذلك مائة وعشرون، وهو مثلا هبته لها.

وإن مات الزوج أولا، بطلت هبته لها؛ لأنها وارثته، ويصح للزوج من هبتها شيء، ثم ترث الزوجة ربعه وربع المائة التى خلفها الزوج؛ فيجتمع لورثتها مائة وخمسة وعشرون درهمًا إلا ثلاثة أرباع شيء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين وثلاثة أرباع شيء، فإذا بسطت الشيئين أرباعًا مع ثلاثة أرباع شيء، كان ذلك أحد عشر جزءًا، الشيء الكامل: أربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من مائة وخمسة وعشرين، وذلك خمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من مائة الزوجة، فتضم هذه الأجزاء إلى مائة الزوج - وهى أحد عشر جزءًا - فيكون له ستة عشر جزءًا، ترث الزوجة منه أربعة أجزاء، فتضمه إلى ستة أجزاء بقيت من مائة الزوجة، فذلك عشرة أجزاء، وهو مثلا ما صحت فيه هبتها.

فإن غرقا ولم يعلم أيهما مات أولا، لم يرث أحدهما صاحبه، وصحت الوصية لكل واحد منهما من صاحبه، فنقول:

يكون للمرأة بهبة الزوج شيء تضمه إلى المائة التى لها، فيجوز للزوج من ذلك وصية فيبقى لورثتها مائة درهم وشيء إلا وصية تعدل وصيتين، فإذا جبرت، صارت المائة والشيء يعدلان ثلاث وصايا، الوصية الواحدة ثلاثة وثلاثون درهمًا وثلث درهم وثلث شيء، فإذا ضممت ذلك إلى تركة الزوج، صارت تركته مائة وثلاثة

وثلاثين درهمًا وثلث درهم إلا ثلثي شيء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين وثلثي شيء، الشيء الكامل ثلاثة أثمان مائة وثلاثة وثلاثين وثلث درهم وهو خمسون درهمًا. وهو الجائز بهبة الزوج فيخرج منه للزوج وصية، وقد كانت قيمة الوصية ثلث شيء وثلاثة وثلاثين درهمًا وثلث درهم، فإذا ضممت ذلك، كان خمسين درهمًا، فيصح مع ورثة الزوج مائة مثلا ما صحت فيه هبته، وتصح مع ورثة الزوجة مائة مثلا ما صحت هبتها فيه. وإنما يفيد ذلك في قدر انتقال الملك لكل واحد منهما من صاحبه.

فرع: إذا وهب في مرض موته لغيره جارية قيمتها مائة، ولا مال له غيرها، وأقبضه إياها، فوطئها رجل بشبهة قبل موت سيدها، ومهر مثلها خمسون درهمًا، أوكسبت هذه الجارية بعد الهبة والقبض وقبل موت سيدها خمسين درهمًا:

فإن قلنا: تصح هبة المريض فيما زاد على ثلث تركته، وإجازة الورثة تنفيذ لما فعله مورثهم - فإن جميع المهر والكسب للموهوب له؛ لأنه حدث في ملكه، وإنما يرجع إلى الورثة ثلثاها إذا لم يجيزوا. ولا دور في هذا.

وإن قلنا: لا تصح هبة المريض فيما زاد على ثلث تركته، وإجازة الورثة لفعله ابتداء عطية منهم - فقد زادت تركة الميت هاهنا قبل موته:

فإن قلنا: الاعتبار بالتركة حال الوصية؛ فلا دور هاهنا أيضًا؛ فتصح الهبة في ثلث الجارية، وتبطل في ثلثيها؛ فيكون لورثة الواهب ثلثا الجارية، وثلثا المهر والكسب، وللموهوب له ثلثها، وثلث مهرها، وثلث كسبها.

وإن قلنا بالمذهب: إن الاعتبار بالتركة عند موت الموصي وعليه التفريع - كان هاهنا دور، فنقول: تصح الهبة في شيء من الجارية، فللموهوب له من المهر والكسب نصف شيء، وللواهب خمسون إلا نصف شيء؛ فيكون مع ورثته مائة وخمسون درهمًا إلا شيئًا ونصف شيء تعدل شيئين، فإذا جبرت عدلت ثلاثة أشياء ونصف شيء، الشيء الكامل سُبعا مائة وخمسين درهمًا، وهو ثلاثة أسباع الجارية، فتصح الهبة في ثلاثة أسباعها، وتبطل في أربعة أسباعها؛ فيكون للواهب أربعة أسباع مهرها وهو قدر ما بطلت فيه الهبة - وذلك قدر سبعي رقبتها - فيجتمع لورثة الواهب أربعة أسباع رقبتها ومثل سبعي رقبتها من المهر، وذلك مثلا ما صحت فيه الهبة، ويكون للموهوب له على الواطئ ثلاثة أسباع مهرها بقدر ما صحت فيه الهبة يأخذه

بغير وصية.

فإن حبلت من هذا الوطء، وولدت قبل موت سيدها ولدًا قيمته خمسون درهمًا يوم ولد - ازدادت تركة الموصى به أيضًا كالمهر، وحسابه: أن الهبة تصح فى شىء من الجارية، ويلزم الواطئ المهر خمسون، للموهوب له منها نصف شىء بغير وصية، ويلزم الواطئ قيمة الولد خمسون، للموهوب له منها نصف شىء أيضًا بغير وصية، والباقى من المهر والقيمة للواهب، فيجتمع لورثة الواهب مائتا درهم إلا شيئين، تعدل شيئين مثلى الوصية، فإذا جبرت، عدلت المائتان أربعة أشياء، الشىء الواحد ربع ذلك - وهو خمسون - وهو نصف الجارية، وتصح الهبة فى نصف الجارية وقيمته خمسون، وتبطل فى نصفها وقيمته خمسون؛ فيلزم الواهب نصف المهر خمسة وعشرون، ونصف قيمة الولد خمسة وعشرون؛ فذلك كله مائة مثلا ما صحت فيه هبته، وللموهوب له نصف المهر وقيمة نصف الولد بغير وصية.

فإن ولدت الجارية من هذا الوطء بعد موت سيدها، فهل يكون الولد زائدًا فى التركة؟ فيه وجهان، حكاهما ابن اللبان:

أحدهما: لا يكون زائدًا فى التركة؛ لأن الولد حدث بعد موته، فيكون حادثًا فى ملك الورثة والموهوب له؛ فيكون الحساب كما لو لم يكن هناك وارث.

والثانى: أنه يكون زائدًا فى التركة؛ لأن الولد قد كان موجودًا فى ملك السيد، وإنما تأخر التقويم إلى الوضع؛ فيكون الحساب كما لو ولدت قبل موت سيدها.

فرع: وإن وهب رجل فى مرضه المخوف لغيره جارية قيمتها مائة، لا مال له غيرها، وأقبضه إياها، ثم وطئها الواهب، ثم مات من مرضه، ومهر مثلها خمسون، ولم يجز ورثته الهبة:

فإن قلنا: تصح هبته فيما زاد على الثلث، وإجازة الورثة تنفيذ لما فعله، لزم الواهب جميع مهرها للموهوب له، فإن طالب بالمهر، بيع له نصفها بالمهر، وكان له ثلث ما بقى، وهو سدسها بالهبة. وإن اختار الموهوب له أن يملك نصفها بالمهر، كان أحق به من الأجنبى؛ فيكون له بمهره وهبته ثلثاها.

وإن قلنا: لا تصح هبة المريض فيما زاد على ثلث تركته، وإجازة الورثة لذلك ابتداء هبة منهم - وجب على الواهب مهر ما صحت فيه الهبة من رأس المال، فإن أبرأه الموهوب له مما وجب له من المهر، صحت له الهبة فى ثلث الجارية، وبطلت

فى ثلثيها. وإن طالب بما وجب له من المهر فحسابه أن نقول:

تصح الهبة فى شىء من الجارية، وعلى الواهب مهر ما صحت فيه الهبة، وهو نصف شىء بغير وصية، فيبقى فى يد ورثة الواهب جارية قيمتها مائة إلا شيئًا ونصف شىء تعدل مثلى الوصية - وهو شيئان - فإذا جبرت، عدلت ثلاثة أشياء ونصف شىء، والشىء الكامل سهمان من سبعة؛ فتصح الهبة فى سبعى الجارية، وتبطل فى خمسة أسباعها؛ فيلزم الواهب سُبعا المهر، وهو قدر سبع رقبتها، يباع فى المهر، ويبقى فى يد ورثة الواهب أربعة أسباع الجارية، وهو مثلا ما صحت فيه الهبة. هذا هو المذهب.

وحكى ابن سريج فى المهر وجهين آخرين:

أحدهما: أن ما لزم الواهب من المهر يكون من الثلث.

فعلى هذا: تصح الهبة فى تسعى الجارية، ويلزمه تسعا مهرها، وهو مثل تسع رقبتها، ويبقى فى يد ورثته ستة أتساعها.

والثانى: أن المهر هدر. وقد مضى ذكرهما.

وإن ولدت من وطء السيد ولدًا قيمته خمسون درهمًا:

فإن قلنا: تصح هبة المريض فيما زاد على ثلث تركته، وإجازة الورثة تنفيذ لما فعله الميت - لزم الواهب جميع المهر وجميع قيمة الولد، وبيعت الجارية بهما للموهوب له.

وإن قلنا: لا تصح هبته فيما زاد على ثلث تركته، وإجازة الورثة ابتداء عطية منهم - بطلت الهبة، وعتقت بالإحبال من رأس المال؛ لأنه لا ثلث له فتصح الوصية.

فإن ترك الواهب مائتى درهم: صحت الهبة فى شىء من الجارية، وعليه نصف شىء من مهرها، وعليه نصف شىء من قيمة ولدها، ولا يقوم عليه ما صحت فيه الهبة من الجارية؛ لأنه كالمعسر فى هذه الحال؛ لأن الهبة قد استغرقت الثلث؛ فصار كمن أعتق بعد أن وهب ثلث ماله؛ فلا يصح عتقه، ولا يعتق باقى الأمة بالإحبال من رأس المال، ويبقى فى يد الورثة مائتا درهم إلا شيئًا تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت ثلاثة أشياء، فإذا قسمت المائتان على الأشياء الثلاثة، أصاب كل شىء ثُلُثا مائة - وهو ثلثا الجارية - وهو ما صحت فيه الهبة، ويلزم الواهب ثلثا مهرها وثلثا قيمة ولدها من المائتين - وهو ثلثا مائة - فيبقى مائة وثلاثون وثلث

درهم، وهو مثلا ما صحت فيه الهبة.

فإن لم يطأها الواهب، ولكن وطئها الموهوب له بعد أن قبضها وقبل موت الواهب - وجب عليه مهر ما بطلت فيه الهبة، وازدادت التركة والهبة، وحسابه: تصح الهبة فى شىء من الجارية، ويجب على الموهوب له من المهر خمسون درهمًا إلا نصف شىء؛ فيحصل للورثة مائة وخمسون إلا شيئًا ونصف شىء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت ثلاثة أشياء ونصف شىء - والشىء سبعا ذلك - وهو ثلاثة أسباع الجارية، فتصح الهبة فى ثلاثة أسباعها، وتبطل فى أربعة أسباعها، ويلزم الموهوب له أربعة أسباع مهرها - وهو مثل سُبعى رقبتها - فإذا ضممت ذلك إلى ما بطلت فيه الهبة، كان ستة أسباعها، وهو مثلا ما صحت فيه الهبة.

وإن حبلت من هذا الوطء، وولدت منه قبل موت سيدها ولدًا قيمته خمسون درهمًا - ففيه قولان:

أحدهما: تصير أم ولد له، ولا يلزم الموهوب له من قيمة الولد شىء؛ لأنها تضعه فى ملكه.

فعلى هذا: يلزمه قيمة ما بطلت فيه الهبة - وهو أربعة أسباعها - ويلزمه أربعة أسباع مهرها.

والثانى: يلزمه من قيمة الولد قدر ما بطلت فيه الهبة؛ لأنها علقت به وهو لا يملك جميعها.

فعلى هذا: تزداد التركة، فتصح الهبة فى شىء، ويلزم الموهوب له من المهر خمسون إلا نصف شىء، ومن قيمة الولد خمسون إلا نصف شىء، فيبقى فى يد الورثة مائتان إلا شيئين تعدل شيئين، فإذا جبرتا، عدلتا أربعة أشياء، الشىء ربع المائتين، وذلك نصف الجارية؛ فتصح الهبة فى نصفها، ويلزمه قيمة نصفها ونصف مهرها ونصف قيمة ولدها، وذلك كله مثلا ما صحت فيه الهبة.

وعلى القول الذى يقول: تصح هبة المريض فيما زاد على الثلث، وإجازة الورثة إنما هى تنفيذ لما فعله الميت - لا يلزمه المهر ولا قيمة الولد، وتصح الهبة فى ثلثها، وعليه ثلثا قيمتها للورثة، وهو ما لهم أن يردوا الهبة فيه.

وإن ولدت بعد موت سيدها:

فإن قلنا: لا يلزمه شىء من قيمته، فلا كلام.

وإن قلنا: يلزمه من قيمته بقدر ما بطلت فيه الهبة، فهل تزداد التركة به هاهنا؟ فيه وجهان، مضى ذكرهما.

وإن وطئها الواهب والموهوب له فى طهر واحد، وأتت بولد، عُرض على القافة، فإن ألحقوه بالواهب ولا مال له غير الجارية، جازت الهبة فى شىء منها، وعلى الواهب مهر ذلك الشىء - وهو نصف شىء - وعليه من قيمة الولد بقدر ما صحت فيه الهبة من الجارية، وهو نصف شىء، ويعتق باقى الأمة بالإحبال، ولا يقوم عليه ما صحت فيه الهبة؛ لأنه كالمعسر به، وعلى الموهوب له مهر ما بطلت فيه الهبة - وهو خمسون درهمًا إلا نصف شىء - فيسقط من ذلك عنه ما وجب له على الواهب من المهر وقيمة الولد - وذلك شىء - فيبقى عليه خمسون درهمًا إلا شيئًا ونصف شىء يعدل شيئين، فإذا جبرته، عدل ثلاثة أشياء ونصفًا، فإذا قسمت الخمسين على ذلك؛ لأنه لا مال للواهب إلا ذلك، كان الشىء الكامل سبعى الخمسين، وذلك الذى صحت فيه الهبة - وهو سبع رقبة الجارية - ويعتق باقيها بالإحبال، فيلزم الموهوب له ستة أسباع مهرها، وهو اثنان وأربعون درهمًا، وستة أسباع درهم، فيسقط من ذلك ما وجب له على الواهب، وهو سبع مهرها وسبع قيمة الولد - وهو أربعة عشر درهمًا وسبعا درهم - فيبقى على الموهوب له ثمانية وعشرون درهمًا وأربعة أسباع درهم، وهو مثلا ما صحت فيه الهبة من رقبتها، وسواء وطئها الواهب أولا أو الموهوب له. هذا إذا قلنا: إن هبته لا تصح فيما زاد على ثلث تركته، وإجازة الورثة ابتداء عطية.

وأما إذا قلنا: تصح الهبة فيما زاد على الثلث، وإجازة الورثة تنفيذ لما فعله الموصى - فلا مهر على الموهوب له؛ لأنه وطئها وهى فى ملكه.

قال ابن اللبان: وعلى الواهب جميع مهرها للموهوب له وجميع قيمة ولدها، فتفسخ الهبة فى الجارية وتباع ويسلم إلى الموهوب له مهرها وقيمة ولدها مائة.

وإن ألحقت القافة الولد بالموهوب له:

فإن قلنا: لا تصح هبة المريض فيما زاد على الثلث، فإن كان وطء الواهب لها قبل وطء الموهوب له، فحسابه: أن تصح الهبة فى شىء من الجارية، وتبطل فى باقيها؛ فيلزم الواهب مهر ذلك الشىء - وهو نصف شىء - وعلى الموهوب له قيمة ما بطلت فيه الهبة من الجارية - وهو مائة درهم إلا شيئًا - وعليه مهر ما بطلت فيه

الهبة - وهو خمسون درهمًا إلا نصف شىء - وقيمة الولد - وهو خمسون درهمًا إلا نصف شىء - فجميع ما يجب عليه مائتان إلا شيئين، فيسقط عنه من ذلك ما وجب له على الواهب - وهو نصف شىء - فيبقى عليه مائتان إلا شيئين ونصفا تعدل شيئين، فإذا جبرتهما، عدلتا أربعة أشياء ونصف شىء، الشىء تسعا المائتين - وهو أربعة أتساع الجارية، وهو الذى صحت فيه الهبة - وقيمته أربعة وأربعون درهمًا وأربعة أتساع درهم، ويلزم الموهوب له قيمة خمسة أتساع الجارية، وخمسة أتساع مهرها، وخمسة أتساع قيمة ولدها؛ وذلك مائة درهم وأحد عشر درهمًا وتسع درهم. فإذا سقط عنه ما وجب له على الواهب - وهو أربعة أتساع مهرها - ومبلغه اثنان وعشرون درهمًا وتسعا درهم - بقى عليه ثمانية وثمانون درهمًا وثمانية أتساع درهم، وذلك مثلا ما صحت فيه الهبة.

وإذا قلنا: لا يلزم الموهوب له قيمة الولد، فإنه يؤدى مائة وخمسين درهمًا إلا شيئًا ونصفًا، ويسقط عنه ما على الواهب له - وهو نصف شىء - فيبقى عليه مائة وخمسون درهمًا إلا شيئين تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت أربعة أشياء، الشىء ربع مائة وخمسين وهو ثلاثة أثمان الجارية، فتصح فيه الهبة، وقيمته سبعة وثلاثون درهمًا ونصف درهم، ويلزم الموهوب له قيمة خمسة أثمانها وخمسة أثمان مهرها، ويسقط عنه ثلاثة أثمان مهرها الذى على الواهب؛ فيبقى عليه خمسة وسبعون درهمًا، وهو مثلا الهبة.

وأما إذا قلنا: إن المريض تصح هبته فيما زاد على ثلث التركة، وإجازة الوارث تنفيذ لما فعله الميت - فلا مهر على الموهوب له، ولا قيمة ولد؛ لأنها ملكه يوم الوطء، وعلى الواهب جميع مهرها للموهوب له - وهو خمسون درهمًا - وذلك نصف قيمة الجارية، وتصح الهبة فى ثلث باقيها - وهو سدسها - وعلى الموهوب له قيمة خمسة أسداسها؛ فيقاصُّ بقيمة نصفها من المهر له، ويبقى عليه ثلاثة وثلاثون درهمًا وثلث درهم مثلا الهبة، وسواء وطئها الواهب أولا أو الموهوب له على هذا القول.

وإن وطئها الواهب بعد وطء الموهوب له، وقلنا: لا تصح هبة المريض فيما زاد على ثلث تركته، وإجازة الورثة ابتداء عطية منهم، فإن قلنا: لا تعتق حصة الشريك إلَّا بعد أداء القيمة - كان الجواب فيها كما لو وطئها الواهب قبل الموهوب.

وإن قلنا: تعتق حصة الشريك قبل أداء القيمة، كان جميعها أم ولد للموهوب له، ويكون على الواهب جميع مهرها وهو خمسون درهمًا؛ لأنه وطئها بعد أن صارت أم ولد للموهوب له؛ فيلزم الموهوب له قيمة ما بطلت فيه الهبة - وهو مائة إلا شيئًا - ومهر ذلك - وهوخمسون درهمًا إلا نصف شيء - يسقط منها ما وجب له على الواهب - وهو خمسون درهمًا - يبقى على الموهوب له مائة درهم إلا شيئًا ونصف شيء يعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت ثلاثة أشياء ونصف شيء، الشيء سبعا المائة؛ فتصح الهبة فى سبعى الجارية، ويلزم الموهوب له قيمة خمسة أسباعها وخمسة أسباع مهرها، فإذا سقط منه خمسون درهمًا، بقى عليه سبعة وخمسون درهمًا وسبع درهم، وهو مثلا ما صحت فيه الهبة.

فرع: ولو وهب زيد فى مرض موته جارية له عمرًا، وأقبضه إياها، فوطئها عمرو، ثم وهبها عمرو فى مرض موته زيدًا، وأقبضه إياها، وماتا من مرضهما، وقيمة الجارية مائة، ومهر مثلها خمسون، ولا مال لهما غير الجارية، وقلنا: لا تصح هبة المريض فيما زاد على الثلث من تركته، واعتبار التركة يوم الموت - فحسابه أن نقول:

تجوز الهبة لعمرو فى شيء من الجارية، وتبطل فى جارية إلا شيئًا، فيؤدى عمرو من الشيء مهر ما بطلت فيه الهبة، وهو خمسون درهمًا إلا نصف شيء.

وكيفية ذلك: أن نجبر الخمسين الدرهم بنصف الشيء الذى نقص منها، ويرتد ذلك على الشيء المستثنى منه، ثم نستثنى من الشيء ومما زيد عليه خمسين فنقول: بقى مع عمرو شيء ونصف شيء إلا خمسين درهمًا؛ فتصح هبته لزيد فى ثلث ذلك - وهو نصف شيء إلا ستة عشر درهمًا وثلثى درهم - ويبقى مع ورثة عمرو شيء إلا ثلاثة وثلاثين درهمًا وثلث درهم، ويكون مع ورثة زيد مائة درهم وثلاثة وثلاثون درهمًا وثلث درهم إلا شيئًا يعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت ثلاثة أشياء، الشيء الواحد ثلث ذلك - وهو أربعة أتساع الجارية - فتصح الهبة فى أربعة أتساع الجارية، وتبطل فى خمسة أتساعها؛ فيلزم عمرًا خمسة أتساع مهرها، وهو قدر تسعى رقبتها ونصف تسعها. فإذا خرج ذلك من أربعة أتساعها، بقى معه تسعها ونصف تسعها؛ فتصح هبته لزيد فى نصف تسعها - وهو نصف شيء إلا ستة عشر درهمًا وثلثى درهم - فيجتمع لزيد ثمانية أتساعها، وهو مثلا ما صحت فيه هبته لعمرو.

فإن وهبها زيد لعمرو وأقبضه إياها، ثم وطئها زيد، ثم وهبها عمرو من زيد - صحت هبة زيد لعمرو فى شىء من الجارية، فلما وطئها زيد، وجب عليه مهر ذلك الشىء - وهو نصف شىء - فيجتمع لعمرو شىء ونصف شىء، فتصح هبته لزيد فى ثلث ما بيده - وهو نصف شىء - فيكون مع زيد جارية قيمتها مائة إلا شيئًا تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت ثلاثة أشياء، الشىء ثلثها؛ فتصح هبة زيد لعمرو فى ثلث الجارية، ويجب على زيد لعمرو ثلث مهرها وهو مثل سدسها، فلما وهبها عمرو من زيد، صحت هبته فى سدسها؛ فاجتمع لورثة زيد ثلثا الجارية - وهو مثلا هبته لعمرو - وبقى لورثة عمرو ثلث الجارية، مثلا هبته لزيد.

وإن وطئها زيد بعد أن وهبها منه عمرو وأقبضه إياها، فحسابه أن نقول: تصح هبة زيد لعمرو فى شىء من الجارية، فلما وهبها عمرو من زيد، صحت هبته له وصية، وبقى مع عمرو شىء إلا وصية، فلما وطئها زيد، وجب عليه مهر ما بقى فى يد عمرو، وقدر ذلك المهر نصف شىء إلا نصف وصية؛ فيجتمع لعمرو شىء ونصف شىء إلا وصية ونصف وصية تعدل وصيتين. فإذا جبرت، صار شىء ونصف شىء يعدل ثلاث وصايا ونصف وصية، الوصية سُبعا ذلك، وهى ثلاثة أسباع شىء؛ فتصح هبة عمرو لزيد فى ثلاثة أسباع شىء، وتبطل فى أربعة أسباع شىء، ويجب على زيد مهر أربعة أسباع شىء، وذلك قدر سبعى شىء؛ فيجتمع لورثة عمرو ستة أسباع شىء - وهو مثلا ما صحت فيه هبته - ويجتمع لورثة زيد جارية قيمتها مائة درهم إلا ستة أسباع شىء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين وستة أسباع شىء. فإذا بسطت الشيئين أسباعًا وضممت إليها الستة الأسباع، كان ذلك عشرين، فالشىء الكامل سبعة أسهم من عشرين، وهو الجائز بهبة زيد لعمرو، ثم يرجع إلى زيد بهبة عمرو ثلاثة أجزاء من هذه السبعة، فيبقى مع عمرو أربعة أجزاء، ثم يغرم له زيد بالمهر جزأين؛ فيكون معه ستة أجزاء - وهو مثلا هبته - ويبقى مع زيد أربعة عشر جزءًا، وذلك مثلا هبته لعمرو.

وإن وهبها زيد لعمرو وأقبضه إياها، ثم وهبها عمرو لزيد وأقبضه إياها، ثم وطئها عمرو - فإنه يصح لعمرو بهبة زيد شىء من الجارية، وتصح لزيد من عمرو من الشىء وصية؛ فيبقى مع عمرو شىء إلا وصية، ومع زيد مائة درهم ووصية إلا شيئًا، فلما وطئها عمرو وجب عليه مهر ما فى ملك زيد فيها، وقدر ما عليه من المهر

نصف وصية وخمسون درهمًا إلا نصف شيء، يخرج ذلك مما فى يده فيبقى معه شيء ونصف شيء إلا وصية ونصف وصية، وإلا خمسين درهمًا تعدل وصيتين، فإذا جبرت، صار ذلك شيئًا ونصف شيء إلا خمسين درهمًا تعدل ثلاث وصايا ونصف وصية، الوصية سُبعا ذلك، وهو ثلاثة أسباع شيء إلا أربعة عشر درهمًا وسبعى درهم. فإذا جمعت ما بيد زيد من الذى لم تصح فيه الهبة منه ومن هبة عمرو له ومن المهر على عمرو - كان معه مائة وخمسون درهمًا ووصية ونصف وصية إلا شيئًا ونصف شيء، فاجعل مكان الوصية ونصف الوصية قيمتها، وذلك أربعة أسباع شيء ونصف سبع شيء إلا أحدًا وعشرين درهمًا وثلاثة أسباع درهم؛ فيصير معه مائة درهم وثمانية وعشرون درهمًا وأربعة أسباع درهم إلا ستة أسباع شيء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين وستة أسباع شيء، فابسط الشيئين أسباعًا وضم إليها الستة الأسباع؛ فتصير عشرين سهمًا، والدراهم الزائدة على المائة سُبعا المائة، فابسط المائة أسباعًا، وضم إليها سُبعى المائة؛ فذلك تسعة أسهم، فالشيء تسعة أجزاء من عشرين جزءًا من الجارية، وهو ربعها وخمسها، وهو الجائز بهبة زيد لعمرو: فلما وهب عمرو لزيد، صح له من هبته وصية، والوصية ثلاثة أسباع شيء إلا أربعة عشر درهمًا وسبعى درهم، وذلك سهم من التسعة؛ فيبقى مع عمرو ثمانية أجزاء ومع زيد اثنا عشر جزءًا، فلما وطئها عمرو وجب عليه لزيد بالمهر نصف ما بيد زيد من الجارية؛ لأن المهر نصف قيمتها، وذلك ستة أجزاء؛ فيصير مع زيد ثمانية عشر جزءًا - وهو مثلا هبته لعمرو - ويبقى مع ورثة عمرو جزءان وهو مثلا هبته لزيد.

فأما إذا وهبها زيد لعمرو وأقبضه إياها، ثم وطئها عمرو، ثم وهبها عمرو لزيد وأقبضه إياها، ثم وطئها زيد، وقيمتها ثلاثمائة ومهر مثلها مائة ولا مال لهما غيرها - فحسابه أن نقول: تصح هبة زيد لعمرو فى شيء من الجارية، فلما وطئها عمرو، وجب عليه لزيد مهرُ ما لم تصح فيه الهبة، وقدر ذلك المهر مائة درهم إلا ثلث شيء، ثم لما وهبها عمرو من زيد، صح من هبته له وصية، وبقى فى يد عمرو شيء إلا وصية، فلما وطئها زيد، وجب عليه مهر ما بيد عمرو منها، وقدر المهر على زيد ثلث شيء إلى ثلث الوصية. فإذا جمعت ما بيد زيد مما لم تصح فيه هبته، والمهر الذى على عمرو، وهبة عمرو له - كان جميع ذلك وصيةً أربعمائة درهم إلا شيئًا

وثلث شيء، فأسقط من ذلك ما وجب عليه لعمرو بالمهر - وذلك ثلث شيء إلا ثلث وصية - فأكمل ثلث الشيء بثلث الوصية الناقصة، ثم رد ثلث الوصية إلى الوصية مع الدراهم الأربعمائة، ثم استثن ثلث الشيء مما في يد زيد؛ فيبقى معه وصية وثلث وصية وأربعمائة درهم إلا شيئًا وثلثي شيء، ثم اجمع ما بيد عمرو من هبة زيد له ومما غرم له زيد بالمهر، وذلك شيء وثلث شيء إلا ثلث وصية وقد غرم من ذلك مائة درهم إلا ثلث شيء ووهب وصية لزيد، فإذا أردت إخراج ذلك مما بيده، أكملت المائة بثلث الشيء الناقص منها، وزدت ذلك الثلث على الشيء وثلث الشيء إلا ثلث وصية، ثم استثن من ذلك مائة درهم وصية، فنقول: بقي مع عمرو شيء وثلثا شيء إلا وصية وثلث وصية وإلا مائة درهم - وهذا الذي بيد عمرو - يعدل وصيتين، فاجبر شيئًا وثلثي شيء إلا مائة درهم، وإلا وصية وثلث وصية بالوصية وثلث الوصية الناقص، ورد ذلك على الوصيتين؛ فتصير شيئًا وثلثي شيء إلا مائة درهم تعدل ثلاث وصايا وثلث وصية، فاضرب الثلاث الوصايا في ثلاثة، وضم إليها ثلث الوصية؛ فتصير عشرة، فاقسم شيئًا وثلثي شيء إلا مائة درهم على عشرة، واجمع ما يخص ثلاثة أجزاء - لأنها أجزاء الوصية - فيخص الوصية الكاملة ثلاثة أعشار شيء وثلثي شيء إلا ثلاثين درهمًا - وذلك نصف شيء إلا ثلاثين درهمًا - فنعلم أن هذه قيمة الوصية، ثم ارجع إلى ما بيد زيد، وهو أربعمائة درهم ووصية وثلث وصية إلا شيئًا وثلثي شيء، فانظر قيمة وصية وثلث وصية، تجد ذلك ثلثي شيء إلا أربعين درهمًا، فاجعلها مكان الوصية وثلث الوصية؛ فيحصل في يد زيد ثلاثمائة درهم وستون درهمًا إلا شيئًا يعدل شيئين، فإذا جبرت، صارت ثلاثمائة وستين تعدل ثلاثة أشياء، الشيء ثلث ذلك - وهو مائة وعشرون درهمًا - فهذا الذي صحت فيه هبة زيد لعمرو، وذلك خمسا الجارية، وتبطل الهبة في ثلاثة أخماسها؛ فيجب له على عمرو ثلاثة أخماس مهرها - وهو ستون درهمًا - وذلك مائة درهم إلا ثلث شيء، ويخرج منه وصية، وذلك نصف شيء إلا ثلاثين درهمًا - وهو ثلاثون درهمًا - فبقي معه ثلاثون درهمًا، ثم يرجع إلى عمرو ما وجب له على زيد من المهر، وهو ثلاثون درهمًا - ثلاثة أعشار المهر - وذلك ثلث شيء إلا ثلث وصية؛ فيجتمع لعمرو ستون درهمًا مثلا الوصية التي خرجت منه، ويجتمع لورثة زيد مائتان وأربعون مثلا هبته لعمرو.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب: الرجوع فى الوصية

يجوز الرجوع فى الوصية؛ لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها؛ كالهبة قبل القبض.

ويجوز الرجوع بالقول والتصرف؛ لأنه فسخ عقدًا قبل إتمامه، فجاز بالقول والتصرف؛ كفسخ البيع فى مدة الخيار، وفسخ الهبة قبل القبض.

وإن قال: هو حرام عليه، فهو رجوع؛ لأنه لا يجوز أن يكون وصيةً له: وهو محرم عليه.

فإن قال: لوارثى، فهو رجوع؛ لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللموصى له.

وإن قال: هو تركتى - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه رجوع؛ لأن التركة للورثة.

والثانى: أنه ليس برجوعٍ؛ لأن الوصية من جملة التركة.

(فصل) وإن وصى لرجلٍ بعبدٍ، ثم وصى به لآخر - لم يكن ذلك رجوعًا؛ لإمكان أن يكون نسى الأول، أو قصد الجمع بينهما.

فإن قال: ما وصيت به لفلانٍ، فقد وصيت به لآخر - فهو رجوع.

ومن أصحابنا من قال: ليس برجوعٍ؛ كالمسألة قبلها، والمذهب الأول؛ لأنه صرح بالرجوع.

(الشرح) الأحكام: وإن وصى له بشىء ثم رجع فى وصيته، صح الرجوع؛ لأنها عطية لم يزل عنها ملك معطيها؛ فأشبهت الهبات قبل القبض.

وصريح الرجوع: رجعت فى وصيتى، أو أبطلتها، أو فسختها، أو نقضتها، وما أشبه ذلك.

وكما يحصل الفسخ بصريح الرجوع يحصل بما يدل عليه[1].

إذا ثبت هذا: فإن قال: حرام على فلان ما أوصيت له به، كان رجوعًا؛ لأنه لا يجوز أن يكون له وهو حرام عليه.

وإن قال: هو لورثتى، كان رجوعًا؛ لأن ذلك ينافى الوصية.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

وإن قال: هو تركتى، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه رجوع؛ لأن التركة للورثة.

والثانى: ليس برجوع؛ لأن الموصى به من التركة.

فصل: وإن أوصى لزيد بجميع ماله أو بثلثه أو بعبد، ثم وصى بذلك لعمرو - سوى بينهما، ولا يكون رجوعًا فيما أوصى به لزيد، ولا فى بعضه: أما فى الثانية: فللإجماع كما نقله الماوردى[1]، وأما فى الأولى والثالثة فبالقياس على الثانية.

ولأنه لما كان قوله فى وقت واحد: أوصيت بعبدى هذا لزيد وأوصيت به لعمرو - لا يكون رجوعًا، ويجعل بينهما إجماعًا، وجب إذا تراخى ما بين الوصيتين أن يكون بينهما، ولا يكون رجوعًا؛ إذ لا فرق بين اقتران الوصيتين وافتراقهما.

ولأن الوصية الثانية يجوز أن يكون أراد بها الرجوع، ويجوز أن يكون فعلها لنسيان الأولى، ويجوز أن يكون أراد بها التشريك بين الأول والثانى؛ فوجب أن يحمل مع هذا الاحتمال على التشريك بينهما؛ لاستوائهما فى الوصية.

وفى البحر حكاية عن أبى عبد الرحمن ابن بنت الشافعى - رضى الله عنه -: أن الوصية لهما قد بطلت لإشكال حالهما. والمذهب الأول.

وإنما قلنا: إن ذلك لا يكون رجوعًا عن شىء من الموصى به؛ لأنه لو كان رجوعًا لما كان لأحدهما الاستقلال بالجميع عند رد الآخر.

وقد صرح القاضيان أبو الطيب والحسين: بأن الجميع يسلم لمن قبل الوصية إذا رد الآخر، وحينئذ فيكون تسليم النصف كما قال القاضى الحسين؛ لأنه لما وصى بذلك لزيد ثم وصى به لعمرو وقبلا، فقد اجتمع كُلَّان ولا يكون للشىء الواحد كُلان، فازدحما؛ فجعل بينهما نصفين، ثم محل الكلام فى الصورة الثانية إذا رد الورثة، أما إذا أجازوا سلم الثلث كاملا لكل واحد منهما، وهذا - أيضًا - مما يدل على أن وصيته للثانى لا تتضمن رجوعًا، وهذا هو المذهب.

وفى التتمة حكاية وجه: أنه بالوصية الثانية راجع عن الوصية الأولى؛ كما لو وهب شيئًا لإنسان ثم وهبه لآخر قبل القبض.

---

(١) ينظر: المحلى (٩/ ٣٤٠)، المغنى والشرح الكبير (٦/ ٤٥٤، ٤٥٥)، الأم (٤/ ٤٥)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٤٩) .

فرع: لو أوصى لرجل بجارية حامل، وقلنا بدخول الحمل فى الوصية كما هو أحد الوجهين، ثم وصى بحملها لعمرو - فالجارية تكون للأول، والولد يكون بين الأول والثانى.

ولو أوصى بالجارية لشخص وبحملها لآخر، صح ذلك اتفاقًا.

ولو أوصى لشخص بدار أو بخاتم، ثم أوصى بأبنية الدار أو بفص الخاتم لآخر، فعرض الدار والخاتم للأول والأبنية والفص بينهما؛ تفريعًا على المذهب. ولو أوصى لزيد بداره، ثم لعمرو بسكناها، فعن الأستاذ أبى منصور: أن الرقبة للأول، وأن المنفعة للثانى.

قال الرافعى: وكان يجوز أن يشتركا فى المنفعة كما فى الأبنية والفص.

فرع: وإن قال: أوصيت لعمرو بما أوصيت به لزيد، جعل ذلك رجوعًا عن وصية زيد؛ لأن ذلك صريح فى الرجوع، وقد انتفى احتمال النسيان، وهذا ما جزم به القاضى أبو الطيب وابن الصباغ.

وعن المزنى: أنه لا يكون رجوعًا، ويجعل بينهما، ووافقه عليه بعض الأصحاب، واحتج له: بأنه لو وكل زيدًا ببيع سلعة سماها له، ثم قال: وقد وكلت عمرًا بما وكلت به زيدًا -: أنهما يكونان معًا وكيلين فى بيعها، ولا يكون توكيل الثانى رجوعًا عن الأول.

قال الماوردى: وهذا فاسد. وحكى أن من أصحابنا من ضاق عليه الفرق؛ فجعل ذلك رجوعًا فى توكيل الأول.

ومنهم من فرق بأن الوكالة نيابة؛ فيصح أن ينوب كل واحد من الجماعة فى كل البيع، والوصية تمليك، ولا يصح أن يملك كل واحد من الموصى لهما كل الموصى به[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن باعه أو وهبه، وأقبض، أو أعتقه، أو كاتبه، أو أوصى أن يباع، أو يوهب ويقبض، أو يعتق أو يكاتب - فهو رجوع؛ لأنه صرفه عن الموصى له.

وإن عرضه للبيع أو رهنه فى دينٍ، أو وهبه ولم يقبضه - فهو رجوع؛ لأن تعريضه

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

لزوال الملك صرف عن الموصى له.

ومن أصحابنا من قال: إنه ليس برجوعٍ؛ لأنه لم يزل الملك؛ وليس بشىء.

وإن وصى بثلث ماله ثم باع ماله - لم يكن ذلك رجوعًا؛ لأن الوصية بثلث المال عند الموت لا بثلث ما باعه.

فإن وصى بعبدٍ ثم دبره؛ فإن قلنا: إن التدبير عتق بصفةٍ - كان ذلك رجوعًا؛ لأنه عرضه لزوال الملك.

وإن قلنا: إنه وصية، وقلنا فى أحد القولين: إن العتق يقدم على سائر الوصايا - كان ذلك رجوعًا؛ لأنه أقوى من الوصية؛ فأبطلها.

وإن قلنا: إن العتق كسائر الوصايا - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ليس برجوعٍ فيكون نصفه مدبرًا، ونصفه موصًى به، كما لو أوصى به لرجلٍ ثم وصى به لآخر.

والثانى: أنه رجوع؛ لأن التدبير أقوى؛ لأنه يتنجز من غير قبولٍ، والوصية لا تتم إلا بالقبول؛ فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز فى حياته من التبرعات على الوصية.

(الشرح) **الأحكام**: إن أوصى لزيد بشىء، ثم أزال الملك فيه ببيع أو هبة، أو ما فى معناهما من عتق وغيره، أو عرضه لزوال الملك؛ بأن دبره، ولم يتعرض فى لفظه بذكر الوصية الأولى، أو كاتبه، أو عرضه على البيع، أو أوصى ببيعه - كان ذلك رجوعًا؛ لأن القصد من الوصية حصول الموصى به للموصى له، وهذه الأشياء تنافى المقصود؛ لأنه لا يمكن حصوله بعد وجودها؛ فأبطلت الوصية.

وفائدة القول بأنه رجوع فيما إذا باعه أو وهبه وأقبضه: أنه لو ملكه بعد ذلك، ومات وهو فى ملكه - لا يعود حق الموصى له فيه، بخلاف ما إذا وهب من ولده شيئًا، فانتقل عن ملك الابن، ثم عاد إليه - فإن له الرجوع على أحد الوجهين، وكذلك إذا باع عينًا ثم خرجت عن ملك المشترى، ثم اشتراها وأفلس - فإن للبائع الرجوع فيها على أحد الوجهين.

قال الماوردى: والفرق أن رجوع الأب والبائع حق لهما، ليس للابن ولا للمفلس إبطاله عليهما؛ فكذلك لم يكن بيعهما، وعوده إلى ملكهما مانعًا من الرجوع، وليس كذلك الوصية؛ لأن للموصى إبطالها، فإذا بطلت بالبيع، لم تعد

بالشراء[١].

أما إذا لم يزل الملك بالهبة - كما إذا لم يتصل بها - قبض، فكلام المصنف فى التنبيه يفهم أنه لا يكون رجوعًا، وقوله -أى: فى التنبيه أيضًا -: أو عرضه على البيع، يفهم منه أنه يكون رجوعًا، وقد حكى الأصحاب ذلك وجهين:

الأول منهما: قول بعض المتأخرين من البغداديين؛ لأنه لم يؤثر فى ملكه فلم يؤثر فى رجوعه.

والثانى: قول ابن أبى هريرة، وأبى إسحاق؛ لأنه قد عقد فيه عقدًا يفضى إلى الزوال؛ فصار مخالفًا لما قصده من قبل.

وزاد القاضى الحسين على ذلك، فقال: قال أصحابنا: إذا وهبه فلم يقبل الموهوب له، كان رجوعًا، وهو مطرد فى إيجاب الهبة والبيع.

ثم قضية تعليل الوجه الأول: أن العرض على البيع لا يكون رجوعًا، وقد صرح به الماوردى وغيره؛ إذا كان فى حياة الموصى وهو جارٍ - كما حكاه الرافعى - فيما إذا وكل فى البيع.

وهل تكون الهبة الفاسدة رجوعًا؟ حكى الماوردى فيها ثلاثة أوجه:

ثالثها: إن أقبض كان رجوعًا، وإلا فلا.

ولا فرق فى بطلان الوصية بالبيع بين أن يفسخ فى زمن الخيار، أو لا.

وعن الأستاذ أبى منصور: أنه إذا فسخ، وقلنا: لا ينتقل الملك إلا بانقضاء الخيار لا يكون رجوعًا. وكذا لا فرق فى بطلانها بالإيصاء بالبيع بين أن يعين من يباع منه أو لا، ومع التعيين لا فرق بين أن ينص على قدر الثمن أو لا.

وحكى الماوردى عن بعض أصحابنا أنه قال: إذا عين من يبيع منه، وقدر الثمن، وكان دون ثمن المثل - فهو كما لو أوصى به لزيد، ثم أوصى به لعمرو؛ فيكون ما حصلت فيه المحاباة بينهما: فإن كانت المحاباة بنصف الثمن كان كأنه أوصى بجميعه لزيد ثم أوصى بنصفه لعمرو؛ فيكون بينهما أثلاثًا[٢].

وإن كانت المحاباة بثلث الثمن، كان بينهما أرباعًا.

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٧١)، حاشية الشروانى على تحفة المنهاج (٦/ ٧٨).

(٢) ينظر: الأم (٤/ ٢٤٥)، المنتقى شرح الموطأ (٦/ ١٤٩)، فتح القدير (١٠/ ٤٣٦)، المغنى والشرح الكبير (٦/ ٤٥٤، ٤٥٥).

وأطلق فيه الرافعى حكاية وجه عن أبى الفرج البزار: أنه إذا أوصى بالبيع وغيره مما هو رجوع، يكون كما لو أوصى لزيد ثم أوصى به لعمرو؛ لأن كليهما وصية، وحكاه عن المعتمد فيما إذا أوصى بعبده لإنسان ثم أوصى بعتقه، حتى يعتق نصفه ويدفع للموصى له نصفه.

وقيل فى التدبير: إن قلنا: إنه وصية لم يكن رجوعًا؛ حكاه ابن الصباغ.

والذى أورده الماوردى: أنا إن قلنا: إنه عتق بصفة، فهو رجوع، وإن قلنا: إنه وصية: فإن قلنا بتقديم الوصية بالعتق على الوصية بالتمليك، كان رجوعًا فى الوصية. وإن قلنا باستوائهما، ففيه وجهان:

أحدهما - عن أبى على الطبرى -: أنه يكون نصفه وصية ونصفه مدبرًا.

والثانى - عن أبى إسحاق -: أنه يكون جميعه مدبرًا، ويتضمن ذلك الرجوع عن الوصية؛ لأن عتق المدبر تأخر بالموت، فقدم على الوصايا كالناجز من العطايا.

ولأن مقصود التدبير: العتق، وهو مخالف لمقصود الوصية بملك الرقبة، وإذا اختلف المقصودان، ظهر بالثانى قصد الرجوع فى الأول، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد والقفال.

فرع: لو دبره ثم أوصى به، فإن قلنا: إن التدبير عتق بصفة كانت الوصية باطلة، وإن قلنا: إنه كالوصايا، نظر، فإن قال: العبد الذى قد دبرته قد أوصيت به لزيد - كان رجوعًا فى تدبيره وموصى بجميعه، ويتجه أن يجىء فيه وجه المزنى، وإن لم يقل ذلك.

وفى النهاية: أن الذى ذهب إليه أكثر الأصحاب: أن ذلك رجوع عن التدبير؛ فإن الوصية مع التدبير متناقضان، وأشار بذلك إلى ما حكيناه عن حكايته من الفرق بين التدبير والوصية.

وفى الحاوى: أن فى ذلك وجهين: قول ابن أبى هريرة - منهما -: أن نصفه باق على التدبير، ونصفه موصى به.

وقول أبى إسحاق: أن تدبيره أقوى من الوصية؛ فتبطل الوصية، ويكون على التدبير.

ثم قال: وهذان الوجهان جاريان فيما لو أوصى بعتقه بعد أن أوصى به، أو أوصى بعتقه ثم أوصى به.

فرع: لو أوصى ببيع شىء وصرف ثمنه للفقراء، ثم أوصى ببيعه وصرف ثمنه إلى المساكين - لم يكن رجوعًا، وصرف الثمن للفقراء والمساكين نصفين، بخلاف ما لو أوصى بشىء للفقراء، ثم أوصى ببيعه وصرف ثمنه للمساكين؛ فإنه يكون رجوعًا.

فرع: وإذا أوصى بثلث ماله ثم باعه، فإن الوصية لا تبطل - قال البندنيجى -: لأن الاعتبار بماله حين الوفاة، وقد تقدم الكلام فى ذلك.

فرع: وإن أوصى به، ثم رهنه، فقد قيل: هو رجوع؛ لأنه عرضه للبيع لما تعلق به من حق المرتهن، وهذا ما صححه ابن يونس والجيلى.

وقيل: ليس برجوع[1]؛ لأن الرهن ليس بإزالة ملك فى الحال ولا فى ثانى الحال؛ فلم يكن رجوعًا، ولا فرق فى ذلك بين أن يتصل به القبض أم لا؛ فإنا إنما جعلناه رجوعًا؛ لدلالته على القصد، وهذا لا يختلف بوجود الإقباض وعدمه.

وفى البحر حكاية وجه ثالث: أنه إن اتصل به القبض كان رجوعًا، وإلا فلا.

والمجزوم به فى التهذيب عند القبض: أنه يكون رجوعًا، وحكاية الخلاف قبله.

ولو كان الرهن فاسدًا، فكلام الماوردى يفهم جريان الخلاف السابق فى الهبة الفاسدة[2].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى له بعبدٍ ثم زوجه، أو أجره، أو علمه صنعةً، أو ختنه - لم يكن ذلك رجوعًا؛ لأن هذه التصرفات لا تنافى الوصية.

فإن كانت جاريةً فوطئها - لم يكن ذلك رجوعًا؛ لأنه استيفاء منفعةٍ فلم يكن رجوعًا؛ كالاستخدام.

وقال أبو بكر بن الحداد المصرى: إن عزل عنها لم يكن رجوعًا، وإن لم يعزل عنها - كان رجوعًا؛ لأنه قصد التسرى بها.

(فصل) وإن وصى بطعامٍ معينٍ فخلطه بغيره - كان ذلك رجوعًا؛ لأنه جعله على صفةٍ لا يمكن تسليمه.

فإن وصى بقفيزٍ من صبرةٍ، ثم خلط الصبرة بمثلها - لم يكن ذلك رجوعًا؛ لأن

---

(١) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٧١)، نهاية المحتاج (٦/ ٩٥)، الأم (٤/ ٤٥)، روضة الطالبين (٦/ ٣٠٧).

(٢) ينظر: كفاية النبيه خ.

الوصية مختلطة بمثلها، والذى خلطه به مثله؛ فلم يكن رجوعًا.

فإن خلطه بأجود منه كان رجوعًا؛ لأنه أحدث فيه بالخلط زيادةً لم يرض بتمليكها.

فإن خلطه بما دونه - ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبى على بن أبى هريرة: أنه ليس برجوعٍ؛ لأنه نقص أحدثه فيه فلم يكن رجوعًا كما لو أتلف بعضه.

والثانى: أنه رجوع؛ لأنه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه.

فإن نقله إلى بلدٍ أبعد من بلد الموصى له - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه لو لم يرد الرجوع لما أبعده عنه.

والثانى: أنه ليس برجوعٍ؛ لأنه باقٍ على صفته.

(الشرح) الأحكام: إنَّ أجر الموصى به أو كانت جارية فزوجها، لم يكن رجوعًا؛ لأن ذلك لا ينافى الوصية؛ لأنه لا يزيل الملك.

وهكذا الحكم فيما إذا أوصى بعبد، ثم زوجه؛ لأن ذلك من مصالحه، ونفقة الزوجة ومهرها فى كسبه.

وكذلك إذا علم الموصى به صنعة لم يكن رجوعًا؛ لأنه زاده خيرًا، فهو كما لو كساه.

ولا فرق فى كون الإجارة لا تكون رجوعًا بين أن يوصى له بالدار فيسكنها، أو بسكنى دار فيؤجرها؛ لاحتمال انقضاء مدة الإجارة قبل موته.

نعم، لو مات قبل انقضاء المدة، لزم الموصى له إذا قبل تمكينُ المستأجر من الاستيفاء.

ثم إن كانت الوصية بالسكنى مقيدة بمدة، فهل يستوفى بعد انقضاء مدة الإجارة جميع مدة الوصية، أو ما بقى منها؟ فيه وجهان سنذكرهما فى الفصل الذى سيعقده المصنف لهذه المسألة، بعد عدة فصول، إن شاء الله تعالى.

فرع: ولو وطئ الجارية الموصى بها، لم يكن رجوعًا إلا أن يحبلها.

وقال ابن الحداد: إن عزل عنها لم يكن رجوعًا، وإن لم يعزل كان رجوعًا[1]،

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٦/ ٣١٠)، مغنى المحتاج (٣/ ٧٢)، حاشية الشروانى على التحفة (٦/ ٨٠).

وزعم أنه أخذ ذلك من قول الشافعي - رضى الله عنه - فى الإملاء: لو حلف لا يتسرَّى فوطئ جارية له، فإن كان يعزل عنها، فهو غير متسر، ولا حنث عليه، وإلا فهو متسر، وقد حنث.

قال: فلما جعل التسرى طلبَ الولد لا الاستمتاع، دل ذلك على الفرق بينهما، وكان طلب الولد رجوعًا فى الوصية دون الاستمتاع، وهذا ما حكاه القاضى الحسين والبغوى فى باب وطء المدبرة، وإن من أصحابنا من قال: إن الوطءَ رجوعٌ كيفَ فُرض، وهذا أضعف الوجوه، وإن قول ابن الحداد هو الطريقة المستقيمة[1].

فصل: وإن كان الموصى به طعامًا بعينه فخلطه بغيره، بحيث لا يمكن تمييزه، كان رجوعًا؛ لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه بعينه.

وعن رواية أبى الفرج البزاز: أن الشيخ أبا زيد قال: إن خلطه بأجود منه كان رجوعًا، وإلا فلا.

وإن كان قفيزًا من صبرة، فخلطه بأجود منه، كان ذلك رجوعًا؛ لأنه بالخلط أحدث زيادة لم يرض بتمليكها.

وإن خلطه بمثله أو بما دونه، لم يكن رجوعًا؛ لأن القدر الموصى به كان مختلطًا بغيره، فإذا خلطه بالمثل لم يُحدث صفة زائدة، وإذا خلطه بما دونه تنزل منزلة إتلاف بعضه، وإتلاف بعضه ليس رجوعًا فى الباقى، وهذا يخالف الصورة السابقة؛ لأن الموصى به لم يكن مختلطًا بغيره.

وقيل: إذا خلطه بما هو دونه يكون رجوعًا، وإذا خلطه بالأجود، لا يكون رجوعًا، حكاه ابن يونس، وأبداه الرافعى تخريجًا لنفسه.

من القول بأنه إذا استجد فى الدار بناء، أنه يدخل فى الوصية، ثم قال: وهو أقرب هنا وإن لم يذكروه.

ولو اختلطت الصبرة بنفسها، فهو على الخلاف فى نظائره، صرح به المتولى.

قال الرافعى: وإذا أبقينا الوصية، فالزيادة الحاصلة بالجودة غير متميزة؛ فتدخل فى الوصية[2].

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

(٢) ينظر: كفاية النبيه خ .

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) فإن وصى بحنطةٍ فقلاها أو بذرها - كان ذلك رجوعًا؛ لأنه جعله كالمستهلك.

وإن وصى بحنطةٍ فطحنها أو بدقيقٍ فعجنه، أو بعجينٍ فخبزه - كان ذلك رجوعًا؛ لأنه أزال عنه الاسم، ولأنه جعله للاستهلاك.

وإن وصى له بخبزٍ فجعله فتيتًا - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه أزال عنه إطلاق اسم الخبز، فأشبه إذا ثرده.

والثانى: ليس برجوعٍ؛ لأن الاسم باقٍ عليه؛ لأنه يقال: خبز مدقوق.

وإن وصى برطبٍ فجعله تمرًا - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه أزال عنه اسم الرطب.

والثانى: ليس برجوعٍ؛ لأنه أبقى له وأحفظ على الموصى له.

(فصل) وإن وصى بقطنٍ فغزله أو بغزلٍ فنسجه - كان ذلك رجوعًا؛ لأنه أزال عنه الاسم.

وإن أوصى له بقطنٍ فحشى به فراشًا - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه جعله للاستهلاك.

والثانى: ليس برجوعٍ؛ لأن الاسم باقٍ عليه.

(فصل) وإن أوصى له بثوبٍ فقطعه أو بشاةٍ فذبحها - كان رجوعًا؛ لأنه أزال عنه الاسم، ولأنه جعله للاستهلاك.

وإن وصى له بلحمٍ فطبخه أو شواه - كان ذلك رجوعًا؛ لأنه جعله للأكل.

وإن قدده - ففيه وجهان؛ كما قلنا فى الرطب إذا جعله تمرًا.

(فصل) وإن وصى له بثوبٍ فقطعه قميصًا، أو بساجٍ فجعله بابًا - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه أزال عنه إطلاق اسم الثوب والساج، ولأنه جعله للاستعمال.

والثانى: أنه ليس برجوعٍ؛ لأن اسم الثوب والساج باقٍ عليه.

(الشرح) الأحكام: إن أوصى بشىء، ثم أزال اسمه؛ بأن كان قمحًا فطحنه، أو دقيقًا فعجنه، أو عجينًا فخبزه - كان ذلك رجوعًا؛ لأنه زال عنه الاسم، فلم يبق متناولا للوصية.

ولأنه قصد استهلاكه بالأكل، وذلك دليل على قصد الرجوع.

وهكذا لو قلى الحنطة سويقًا، أو عمل منها شيئًا، أو بلَّها بالماء، أو بذرها.

ولو كان الموصى به خبزًا يابسًا، فدقه فتيتًا، ففى كونه رجوعًا وجهان: فى تعليق أبى الطيب وغيره.

فصل: وإن كان غزلا فنسجه، أو نقرة فضربها دراهم، أو ساجًا فجعله بابًا - فقد قيل: هو رجوع؛ لزوال الاسم، وهذا أصح فى الشامل، وبه جزم الماوردى فى مسألة نسج الغزل وطبع النقرة دراهم.

وقيل: ليس برجوع؛ لأن الاسم باق عليه مع التقييد.

قال بعضهم: وهذا الوجه غريب فى مسألة نسج الغزل، وكأنه لم يقف على تعليق القاضى أبى الطيب والشامل؛ فإنهما حكيا الخلاف فى الصور الثلاث. وهو جار فى تجفيف الثمار عند خشية الفساد.

وقد أجرى وجه الرجوع فى تقديد اللحم، والمذهب خلافه.

كما أن المذهب: أن شيَّه رجوع، وخلافه وجه بعيد حكاه فى البحر.

والرافعى ادعى نفى الخلاف فيه، وألحقه بما إذا كانت شاة فذبحها.

وفى الحاوى: الجزم بأنه لو كان قطنًا فغزله أو ثوبًا فقطعه قميصًا: أنه يكون رجوعًا.

ولو حشا بالقطن مخدة أو مضربة أو جبة، ففى كونه رجوعًا وجهان تفريعًا على الأول.

أصحهما فى النهاية والرافعى: أنه رجوع.

وكذا لو قصر الثوب، هل يكون رجوعًا؟ فيه وجهان:

وجه الرجوع: القياس على ما لو صبغه.

ووجه مقابله: القياس على ما لو غسله.

وقد حكى هذا - أيضًا - فيما لو صنعه، كما فى عمارة الدار.

ولو لبس الثوب الموصى به، قال القفال: يحتمل أن يكون رجوعًا - قال فى البحر -: وهو المذهب عندى.

فرع: إذا عرض الموصى به لشىء من الأحوال المذكورة: كنسج الغزل، وطحن القمح، ونحو ذلك - قال الرافعى: فقد نص الأصحاب على وجهين فى بعضها،

والباقى ملحق به[(١)].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن وصى بدارٍ فهدمها - كان رجوعًا؛ لأنه تصرف أزال به الاسم فكان رجوعًا؛ كما لو وصى بحنطةٍ فطحنها، وإن تهدمت - نظرت: فإن لم يزل عنها اسم الدار؛ فالوصية باقية فيما بقى.

وأما ما انفصل عنها فالمنصوص: أنه خارج من الوصية؛ لأنه انفصل عن الموصى به فى حياة الموصى.

وحكى القاضى أبو القاسم ابن كج - رحمه الله - وجهًا آخر: أنه للموصى له؛ لأنه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالانفصال.

وإن زال عنها اسم الدار - ففى الباقى من العرصة وجهان:

أحدهما: أنه تبطل فيه الوصية؛ لأنه أزال عنها اسم الدار.

والثانى: لا تبطل؛ لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع.

(فصل) وإن وصى له بأرضٍ، فزرعها - لم يكن ذلك رجوعًا؛ لأنه لا يراد للبقاء، وقد يحصل قبل الموت - فلم يكن رجوعًا.

وإن غرسها أو بنى فيها - ففيه وجهان:

أحدهما: أنه رجوع؛ لأنه جعلها لمنفعةٍ مؤبدةٍ فدل على الرجوع.

والثانى: ليس برجوعٍ؛ لأنه استيفاء منفعةٍ فهو كالزراعة.

فعلى هذا فى موضع الأساس، وقرار الغراس وجهان:

أحدهما: أنه لا تبطل فيه الوصية؛ كالبياض الذى بينهما.

فإذا مات الغراس، أو زال البناء - عاد إلى الموصى له.

والثانى: أنه تبطل الوصية فيه؛ لأنه جعله تابعًا لما عليه.

(فصل) وإن أوصى له بسكنى دارٍ سنةً، فأجرها دون السنة - لم يكن ذلك رجوعًا؛ لأنه قد تنقضى الإجارة قبل الموت.

فإن مات قبل انقضاء الإجارة - ففيه وجهان:

أحدهما: يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الإجارة.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

والثانى: أنه تبطل الوصية بقدر ما بقى من مدة الإجارة، وتبقى فى مدة الباقى.

(الشرح) الأحكام: إن أوصى بدار فانهدمت، فى حياة الموصى بحيث زال عنها اسم الدار، وبقيت عرصتها فقد قيل: تبطل؛ لأنه زال عنها الاسم، فبطلت الوصية كما لو هدمها الموصى، وهذا هو الأصح فى الحاوى، والمذهب فى تعليق البندنيجى.

وقيل: لا تبطل؛ لأنه لم يوجد منه شىء يدل على الرجوع.

أما النقض: فقد بطلت الوصية فيه لا محالة.

والمذكور فى التتمة: حكاية الخلاف فى أن الوصية، هل تبطل فى النقض أم لا؟ فتبقى الوصية فيها على المنصوص.

وعلى طريقة: أنها تبطل فيها أيضًا.

وحكى وجهًا فيما إذا هدم الدار: أن الوصية لا تبطل فى العرصة.

قال فى البحر: وهذا غلط؛ لأن الشافعى - رضى الله عنه - نص على: أنه إذا أوصى بدار، فذهب السيل بها: أن الوصية تبطل؛ لأن العرصة لا تسمى دارًا، أما إذا بقى عليها اسم الدار، فالوصية باقية.

ولمن تكون الآلة؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو الذى نص عليه الشافعى - رضى الله عنه - وبه قال جمهور أصحابنا: أنها خارجة من الوصية؛ لأنها لا تسمى دارًا.

والثانى: حكاه القاضى ابن كج عن بعض أصحابنا: أنها تكون للموصى له، وحمل نصف الشافعى -رضى الله عنه - على ما إذا هدمها بنفسه.

وجعل فى الحاوى الخلاف فى مسألة الكتاب مفرعًا على هذا الخلاف، وقال: إن من قال: بأن النقض للموصى، قال: تبطل الوصية، ومن قال: بأنه للموصى له لا يقول بالبطلان، وهذا يوافق ما حكيناه عن المتولى من تصوير محل الخلاف.

وإن كان الانهدام بعد موت الموصى له، فإن كان بعد القبول، فالوصية ممضاة، وجميع ما انفصل من آلتها للموصى له.

وإن كان قبل القبول: فإن لم يزل اسم الدار عنها، فالوصية بحالتها[1].

ثم إذا قبل، وقلنا: يتبين الملك بالموت، أو قلنا: يملك بالموت، فالنقض

---

(١) ينظر: الروضة (٦/٣٠٨)، مغنى المحتاج (٣/ ٧٢، ٧٣) .

للموصى له. وإن قلنا: إن القبول هو المملك، فله الدار، وفى المنفصل وجهان:

أحدهما: للموصى له، وهو الأصح فى البحر.

والثانى: للورثة.

وإن لم يبق مسمى الدار بعد الانهدام، فإن قلنا: إن القبول مبين، فالوصية جائزة، وله العرصة والنقض. وإن قلنا: القبول مملك، ففى بطلان الوصية وجهان:

أحدهما: نعم.

والثانى: لا، وله العرصة وما اتصل.

وفى المنفصل وجهان.

وفى تعليق البندنيجى: أن الانهدام إذا وجد بعد الموت وقبل القبول ثم قبل، وفرعنا على أن القبول مبين للملك - فالمذهب: أن العرصة والنقض ملك للموصى له.

ومن أصحابنا من قال: النقض لا يكون له، وهو فاسد.

ولم يفصل البندنيجى فى الانهدام بين أن يزيل اسم الدار أم لا.

فرع: إذا أوصى بأرض فبنى فيها أو غرس، ففيه وجهان: أصحهما فى الرافعى: أن ذلك رجوع.

قال الماوردى: فعلى هذا إن كان البناء والغراس فى جميعها، كان رجوعًا فى الجميع، وإن كان فى بعضها، كان رجوعًا فيه، وليس رجوعًا فيما لم يغرس فيه أو يَبْنِ.

والثانى: أنه لا يكون رجوعًا؛ لأن ذلك من استيفاء منافعها. قال الماوردى: فعلى هذا تكون الوصية فيما بين البناء والغراس من بياض الأرض بحالها، فأما أساس البناء وقرار الغراس، ففيه وجهان:

أحدهما: يكون راجعًا فيه.

والثانى: لا، ولو عمر الدار الموصى بها، نظر: فإن غير اسمها بأن جعلها حمامًا، كان رجوعًا[1]، وإن لم يغير اسمها لم يكن رجوعًا، لكن الزيادة لا تدخل فى الوصية الأولى، على الأصح.

---

(١) ينظر: تكملة فتح القدير (١٠/٤٣٦)، تبيين الحقائق (٦/١٨٧).

وفى الإبانة وغيرها وجهان:

أن الزيادة تدخل.

وفى التتمة حكاية وجه: أن العمارة تكون رجوعًا.

ولو جعل على الدار ساباطًا، لم يكن داخلا فى الوصية، وهل يكون رجوعًا فيما وضع عليه الساباط من حيطانها؟ فيه وجهان[١]:

فرع: وإن أوصى له بمنفعة داره سنة، ثم أجَّرَها دون السنة، لم يكن رجوعًا؛ لأن الإجارة قد تنقضى قبل موت الموصى، فإن مات قبل انقضاء الإجارة، ففيه وجهان:

أحدها: تبطل الوصية فيما بقى من مدة الإجارة.

والثانى: لا تبطل، بل يسكن الموصى له سنة بعد انقضاء مدة الإجارة.

ولو جحد الموصى الوصية، كان رجوعًا على ظاهر المذهب.

وقال الإمام: يتجه فيه نوع من الاحتمال من جهة أنه قد ينسى الوصية فينكرها، والإنكار إخبار، وليس بإنشاء.

وحكى فى باب التدبير وجهين: فى أن الإنكار هل يبطلها؟ وكلام البندنيجى فيها يقتضى ترجيح عدم البطلان؛ فإنه حكى وجهين فيما إذا ادعى عبد على سيده أنه دبره، وأنكر التدبير، وقلنا: إنه وصية، هل يكون إنكاره رجوعًا أم لا؟ والمذهب: أنه ليس برجوع[٢].

* * *

(١) ينظر: كفاية النبيه خ.
(٢) ينظر: كفاية النبيه خ.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب: الأوصياء

لا تجوز الوصية إلا إلى بالغٍ عاقلٍ حر عدلٍ، فأما الصبى والمجنون والعبد والفاسق - فلا تجوز الوصية إليهم؛ لأنه لا حظ للميت ولا للطفل فى نظر هؤلاء؛ ولهذا لم تثبت لهم الولاية.

وأما الكافر - فلا تجوز الوصية إليه فى حق المسلم؛ لقوله - عز وجل -: ﴿لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّوا مَا عَنِتُّمْ﴾ [آل عمران: ١١٨]، ولأنه غير مأمونٍ على المسلم، ولهذا قال الله - تعالى -: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: ١٠]، وفى جواز الوصية إليه فى حق الكافر وجهان:

أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه يجوز أن يكون وليًا له فجاز أن يكون وصيًا له كالمسلم.

والثانى: لا يجوز؛ كما لا تقبل شهادته للكافر ولا للمسلم.

(فصل) وتجوز الوصية إلى المرأة؛ لما روى أن عمر - رضى الله عنه - وصى إلى ابنته حفصة فى صدقته ما عاشت، فإذا ماتت فهو إلى ذوى الرأى من أهلها، ولأنها من أهل الشهادة، فجازت الوصية إليها؛ كالرجل.

واختلف أصحابنا فى الأعمى: فمنهم من قال: تجوز الوصية إليه؛ لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصية إليه كالبصير.

ومنهم من قال: لا تجوز الوصية؛ لأنه تفتقر الوصية إلى عقودٍ لا تصح من الأعمى، وفضل نظرٍ لا يدرك إلا بالعين.

(الشرح) وأما وقف عمر فقد تقدم تخريجه فى كتاب الوقف.

قوله تعالى: ﴿بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ﴾ [آل عمران: ١١٨] البطانة: خلاف الظهارة فى الملبوسات(١)، واستعير ذلك فيمن يراسلك ويختص بسريرتك؛ ولذلك يقال: لابست فلانًا ولبسته. ومنه: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧]، وعلى ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ﴾ [آل عمران: ١١٨] أى: لا تخالطوا غيركم من المشركين مخالطة يطلع بها على أحوالكم الباطنة.

---

(١) ينظر: عمدة الحفاظ (١/ ٢٣١).

وفى الحديث: «ما بعث الله من نبى ولا استخلف من خليفة إلا كانت له بطانتان: بطانة تأمره بالخير وتحضه عليه، وبطانة تأمره بالشر وتحثه عليه»(١).

وعلى هذا، فالبطانة: الخاص من الأصحاب(٢).

أبطنت الرجل: إذا جعلته من خواصك؛ كأنك تعلمه بباطن أمورك.

وقوله تعالى: ﴿وَدُّوا مَا عَنِتُّمْ﴾ [آل عمران: ١١٨] أى: تمنوا ما أعنتكم وأوقعكم فى الهلكة. والتقدير: ودوا عنتكم(٣). وفى الحديث: «فيعنتوا عليكم دينكم»(٤) أى يدخلون الضرر عليكم فى دينكم(٥). وقال بعضهم: المعانتة كالمعاندة، لكن المعانتة أبلغ؛ لأنها معاندة فيها خوف وهلاك؛ ولهذا يقال: عنت فلان: إذا وقع فى أمر يخاف منه التلف، يعنت عنتًا، ويقال للعظم المجبور إذا أصابه ألم فهاضه.

وقوله: (لا يألونكم)، الألو: التقصير(٦)، قال تعالى: ﴿لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا﴾ [آل عمران: ١١٨]. أى لا يقصرون فى إفساد أموركم ولا يبقون غاية فى اتباعهم فى الفساد.

يقال: أصابه داء الفساد ولا آلوه نصحًا، أى: لا أقصر فى نصحه. وقال الأزهرى: الألو يكون جهدًا، ويكون تقصيرًا، ويكون استطاعة. يقال: ما آلوه، أى: ما أستطيعه.

والألوة والألوة - بفتح الهمزة وضمها، الذى يتبخر به. قال الأصمعى: هى فارسية عربت. ويقال: لوّة وليّة. وتجمع الألوة على الألاوية. قاله الأصمعى وأنشد [من الطويل]

بساقين ساقَىْ ذى قِضِين تَحُشها   بأعواد رند أو ألاوية شقرا(٧)

---

(١) أخرجه البخارى (١٣/ ٢٠١) كتاب الأحكام باب بطانة الإمام (٧١٩٨)، والنسائى (٧/ ١٥٨) كتاب الزينة باب: بطانة الإمام (٤٥٢) وأحمد فى المسند (٣/ ٩٣)، والبيهقى فى السنن الكبرى (١٠/ ١١١)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٣٢٠)، كتاب الإمارة والقضاء باب الوزير الصالح (٢٤٧٧)، وينظر: المفردات (٥٢)، النهاية (١/ ١٣٦) .

(٢) ينظر: النظم (٢/ ١٠٢).

(٣) ينظر: عمدة الحفاظ (١/ ١٢٠) .

(٤) ينظر: النهاية لابن الأثير (٣/ ٣٠٦) .

(٥) ينظر: النهاية (٣/ ٣٠٦) .

(٦) ينظر: عمدة الحفاظ (٣/ ١٥٦) .

(٧) البيت بلا نسبة فى اللسان (قضض، ألا، قضى)، وتهذيب اللغة (٨/ ٢٥٣)، (٩/ ٢١٤)، والتاج (ألو) .

وألوت فلانًا: أوليته تقصيرًا، نحو: كسبته كسبًا. وما ألوته جهدًا، أى: ما أوليته تقصيرًا بحسب الجهد. ف «جهدا» تمييز، قاله الراغب[(١)].

وألوت فى الأمر: قصرت فيه، هو منه كأنه رأى فيه الانتهاء.

وقوله: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: ١٠] أى: لا يحفظون. ورَقَبْتُهُ: أصبت رقبته. نحو: رأسته[(٢)].

الأحكام: لا تصح الوصية إلا إلى بالغ عاقل مسلم عدل حر؛ لأن الوصية تقتضى ولاية وأمانة، وذلك لا يصح إلا ممن جمع هذه الشرائط.

أما الولاية: فلأن الوصى يلى أموال الأطفال وتفرقة ثلث الميت.

وأما الأمانة: فلأن المال يكون عنده.

فإذا اختل شرط من هذه الشروط، لم يكن من أهل الولاية والأمانة.

فإن أوصى إلى صبى أو مجنون، لم تصح الوصية؛ لأنه مولى عليهما، فلا يملكان الولاية على غيرهما، وهذا إجماع.

وإن أوصى إلى مسلم فاسق، لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح.

دليلنا: أن الوصية تقتضى ولاية وأمانة كما ذكرناه، والفاسق ليس من أهل الولاية والأمانة.

وإن وصى مسلم إلى كافر، لم تصح الوصية؛ لأن الفسق ينافى الوصية، فالكفر أولى، وهو إجماع أيضًا.

وإن وصى كافر إلى كافر: فإن كان الكافر غير رشيد فى دينه، لم تصح الوصية إليه، كالوصية إلى المسلم الفاسق.

وإن كان الوصى رشيدًا فى دينه، ففيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأنه يجوز أن يكون وليًّا له؛ فجاز أن يكون وصيًّا له.

والثانى: لا يصح، كما لا يكون شاهدًا له.

أما الوصية إلى العبد: فاختلف الناس فيها على أربعة مذاهب:

---

(١) ينظر: المفردات (٢٢).

(٢) ينظر: عمدة الحفاظ (٢/١١٨).

فذهب الشافعى إلى: أن الوصية لا تصح إليه بحال، سواء أوصى إلى عبد نفسه أو إلى عبد غيره، بإذن سيده أو بغير إذنه، وسواء كان ورثته كبارًا أو صغارًا، أو بعضهم كبارًا وبعضهم صغارًا، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور.

وذهب مالك: إلى أن الوصية تصح إلى عبده، وإلى عبد غيره إذا أذن له سيده.

وذهب الأوزاعى، وابن شبرمة إلى أنه: إن أوصى إلى عبد نفسه، صح. وإن أوصى إلى عبد غيره، لم يصح بحال.

وقال أبو حنيفة: إن أوصى إلى عبد غيره، لم يصح. وإن أوصى إلى عبد نفسه، نظرت: فإن كان فى ورثته كبير يلى، لم يصح. وإن كانوا كلهم صغارًا، صح.

دليلنا: أنه مولى عليه؛ فلم تصح الوصية إليه، كالمجنون.

قال الشافعى: ولا تصح الوصية إلى المدبر، ولا إلى المكاتب، وأم الولد، والمعتق بصفة، ولا إلى المعتق بعضه؛ لأن بعض الرق حاصل فيهم؛ فهم بمنزلة العبد.

فرع: وإذا جمعت المرأة الشرائط الخمس، جازت الوصية إليها، وهو قول العلماء كافة إلا عطاء، فإنه قال: لا يجوز.

دليلنا: ما روى: أن النبى ﷺ قال لهند: «خُذِى مَا يَكْفِيْكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوْفِ»(١).

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٥٠)، والبخارى (٤/ ٤٠٥) كتاب: البيوع، باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، الحديث (٢٢١١)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨) كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، الحديث (٧/ ١٧١٤)، أبو داود (٣/ ٨٠٢) كتاب: البيوع، باب: الرجل يأخذ حقه من تحت يده، الحديث (٣٥٣٢)، والنسائى (٨/ ٢٤٦) كتاب: آداب القضاء، باب: قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه، وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب: التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها، الحديث (٢٢٩٣)، والدارمى (٢/ ١٥٩) كتاب: النكاح، باب: فى وجوب نفقة الرجل على أهله، والحميدى (١/ ١١٨) رقم (٢٤٢)، الشافعى فى مسنده (٢/ ٦٤) كتاب: الطلاق، باب: النفقات، حديث (٢١٠، ٢١١)، وأبو يعلى (٨/ ٩٨) رقم (٤٦٣٦)، وابن حبان (٤٢٤١ - الإحسان)، والطحاوى فى مشكل الآثار (٢/ ٣٣٨)، وابن الجارود (١٠٢٥)، وعبد الرزاق (٩/ ١٢٦ - ١٢٧) رقم (١٦٦١٣)، وابن سعد فى «الطبقات الكبرى» (٨/ ١٨٨)، والدارقطنى (٤/ ٢٣٤ - ٢٣٥) كتاب: الأقضية والأحكام، حديث (١٠٨)، والبيهقى (٧/ ٤٧٧) كتاب: النفقات، باب: النفقة على الأولاد. من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هندًا قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: «خذى ما يكفيك =

فجوز لها أن تنفق على أولادها الصغار.

وروى: أن عمر أوصى إلى ابنته حفصة، ولا مخالف له.

وإن جمع الأعمى الشرائط الخمس، فهل تصح الوصية إليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: تصح؛ لأنه من أهل الشهادة.

والثاني: لا تصح؛ لأن الوصى يراد للنظر، والأعمى لا يصلح للنظر.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه الشروط التى تصح بها الوصية إليه.

فمنهم من قال: يعتبر ذلك عند الوفاة، فإن وصى إلى صبى فبلغ، أو كافرٍ فأسلم، أو فاسقٍ فصار عدلًا قبل الوفاة - صحت الوصية؛ لأن التصرف بعد الموت، فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل.

ومنهم من قال: تعتبر عند العقد وعند الموت، ولا تعتبر فيما بينهما؛ لأن حال العقد حال الإيجاب، وحال الموت حال التصرف؛ فاعتبر فيهما.

ومنهم من قال: تعتبر فى حال الوصية، وفيما بعدها؛ لأن كل وقتٍ من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت، فاعتبرت الشروط فى الجميع.

(فصل) وإن وصى إلى رجلٍ فتغير حاله بعد موت الموصى، فإن كان لضعفٍ ضم إليه معين أمين، وإن تغير بفسقٍ أو جنونٍ - بطلت الوصية إليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه.

(الشرح) الأحكام: متى يعتبر وجود الشرائط الخمس فى الوصى؟ فيه ثلاثة أوجه:

من أصحابنا من قال: يعتبر وجودها عند موت الموصى دون ما قبله؛ لأن الوصى

= وولدك بالمعروف».

وأخرجه البخارى (٥/ ١٢٨ - ١٢٩) كتاب: المظالم، باب: قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه، حديث (٢٤٦٠)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨) كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، حديث (٩/ ١٧١٤)، وأحمد (٦/ ٢٢٥)، وأبو داود (٣/ ٨٠٢) كتاب: البيوع، باب: الرجل يأخذ حقه من تحت يده، حديث (٣٥٣٣) من طريق الزهرى عن عروة عن عائشة به .

إنما يستحق النظر فى تلك الحال دون ما قبله؛ فاعتبر حاله فيه كما يعتبر كون الشخص وارثًا عند موت المورث دون ما قبله.

ومنهم من قال: يعتبر وجود الشرائط فى الوصى عند عقد الوصية، وعند موت الموصى دون ما بينهما؛ لأن وقت الوصية حال الإيجاب، ووقت الموت حال القبول.

ومنهم من قال: يعتبر وجود الشرائط فى الوصى من حين الوصية إلى أن يموت الموصى؛ لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يموت فيه الموصى فيستحق الوصى فيه النظر.

قال الشيخ أبو حامد: والأول أصح.

قيل له: فكيف يكون الأول أصح، وقد قال الشافعى: لا تصح الوصية إلى المدبر، ولا إلى أم الولد، وكل واحد منهما يعتق بوفاته فتكمل فيه الشرائط؟

فقال: يحمل قوله هذا على أنه أراد: مدبر غيره، وأم ولد غيره.

فصل: فإن أوصى إلى من جمع الشرائط، ثم تغيرت حال الوصى بعد موت الموصى، فإن تغير لضعف عن الحساب أو الحفظ، لم ينعزل بذلك، بل يضم إليه الحاكم أمينًا يعاونه؛ لأن الضعف لا ينافى الولاية؛ بدليل: أن الأب والجد يليان مال ولدهما وإن كان فيهما ضعف.

ولو كان الحاكم هو الذى نصب الأمين فضعف، فله عزله؛ لأنه نصبه.

وإن فسق الوصى أو جن، انعزل عن الوصية؛ لأن الفسق والجنون ينافيان الولاية؛ بدليل: أن الأب والجد والحاكم إذا فسق واحد منهم أو جن، بطلت ولايته.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويجوز أن يوصى إلى نفسين؛ لما روى أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ جعلت النظر فى وقفها إلى على - كرم الله وجهه - فإن حدث به حدث رفعه إلى ابنيها فيليانها.

ويجوز أن يجعل إليهما وإلى كل واحدٍ منهما؛ لأنه تصرف مستفاد بالإذن فكان على حسب الإذن.

فإن جعل إلى كل واحدٍ منهما جاز لكل واحدٍ منهما أن ينفرد بالتصرف.

فإن ضعف أحدهما أو فسق أو مات - جاز للآخر أن يتصرف، ولا يقام مقام الآخر غيره؛ لأن الموصى رضى بنظر كل واحدٍ منهما وحده.

فإن وصى إليهما - لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف؛ لأنه لم يرض بأحدهما.

فإن ضعف أحدهما ضم إليه من يعينه، فإن فسق أحدهما أو مات - أقام الحاكم من يقوم مقامه؛ لأن الموصى لم يرض بنظره وحده.

فإن أراد الحاكم أن يفوض الجميع إلى الثانى - لم يجز؛ لأنه لم يرض الموصى باجتهاده وحده.

فإن ماتا أو فسقا، فهل للحاكم أن يفوض إلى واحدٍ؛ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الأمر فيه إلى الحاكم.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه لم يرض بنظر واحدٍ.

وإن اختلف الوصيان فى حفظ المال - جعل بينهما نصفين؛ فإذا بلغا إلى التصرف فإن كان التصرف إلى كل واحدٍ منهما - تصرف كل واحدٍ منهما فى الجميع، وإن كان إليهما - لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر.

(الشرح) قوله: «روى أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ جعلت النظر فى وقفها إلى على...» قال الحافظ فى التلخيص: لم أره.

قوله: (على حسب الإذن)[١] محرك، أى: على قدر الإذن.

قوله: (يفوض إلى واحد) يقال: فوض إليه الأمر، أى: رده إليه، وجعله على نظره وتصرفه.

الأحكام: يجوز أن يوصى إلى نفسين، كما يجوز أن يوكل[٢] نفسين، فإن أشرك بينهما فى النظر، لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف؛ لأن تصرفه بالإذن من الموصى، ولم يوجد رضاه بنظره وتصرفه وحده.

وصورة الإشراك فى التصرف - كما قال القاضى أبو الطيب -: أن يقول: «ولا ينفرد أحدهما بالتصرف»، أو يقول: «أوصيت إليكما باجتماعكما».

---

(١) ينظر: النظم (٢/ ١٠٢، ١٠٣) .

(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٢/ ٢١٧) .

وعلى هذا إذا أذن أحدهما للآخر فى التصرف، أو أذن لشخص فيه - جاز، وإن انفرد أحدهما به، لم ينفذ، وضمن، سواء كان التصرف موقوفًا على اجتهاد أم لا؟

وقال الرافعى: إنك ستجد فى كلام الأصحاب ما هو كالتصريح به.

وقال البغوى وغيره: إذا كانت الوصية مما لا يفتقر إلى اجتهاد: كرد وديعة، أو عارية[1]، أو مغصوب، أو وصية بشىء معين، أو قضاء دين اشتملت التركة على جنسه - فإن لكل منهما أن يتفرد به؛ لأن صاحبالحق مستقل بالأخذ فى هذه الصورة؛ فلا يضر الانفراد، وعلى ذلك جرى الماوردى فى مسألة الوصية، وقضاء الدين، وهو فى غيرهما من طريق الأولى.

وقد اعترض معترض[2] على ذلك بأن الوصية فى رد الوديعة والمغصوب، ودفع الموصى به إذا كان معينًا - قد اختلف فى صحتها: فرأى بعضهم جوازها، ورأت طائفة أنها لا تصح؛ لأنها مستحقة بأعيانها، فيأخذها أصحابها، وإنما يوصى فيما يحتاج إلى نظر واجتهاد.

فمن قال بهذا استغنى عن الاستثناء.

ومن قال بالأول - وهو قضية صاحب التهذيب - يجب ألا يصح التصرف إلا على الوجه المأذون فيه، وقد صرحوا بالاستقلال عند المنع منه؛ فهو فى الحقيقة عائد إلى القول الثانى.

وكما لا يجوز لأحد الوصيين - إذا أشرك بينهما فى النظر - أن ينفرد بالتصرف، كذا لا يجوز إذا جعل عليه مشرفًا أن ينفرد به؛ لأن للمشرف أن يتعاطى التصرف، كما صرح به فى البحر.

ثم اعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضى جواز انفراد كل واحد منهما بالتصرف عند عدم الإشراك فى النظر، وذلك يكون فى صورتين:

إحداهما: أن يصرح بالاستقلال مثل أن يقول: «يتصرف كل منهما على الانفراد أو مع الآخر، ولا شك فى جواز ذلك، وقد ألحق أبو الفرج البزاز بهذه الصورة ما

---

(١) ينظر: حاشية البجيرمى (٣/ ١٢٨، ١٣٧).

(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٧٧)، حاشية قليوبى وعميرة (٣/ ١٧٨، ١٧٩)، الغاية القصوى (٢/ ٤٢٤)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٨)، تكملة فتح القدير (١٠/ ٥٠٢، ٥٠٣).

إذا قال: أنتما وصياى بكذا.

وألحق بها البغوى ما إذا قال: «أوصيت إلى زيد» ثم بعد ذلك قال: «أوصيت إلى عمرو» مقتصرًا على ذلك.

الثانية: أن يطلق الوصية، وقد قال القاضى أبو الطيب وغيره من الأصحاب: إن الحكم فيها كالحكم فى حالة الإشراك فى النظر؛ قياسًا على ما إذا أطلق التوكيل بين شخصين.

فرع: إذا خرج أحد المستقلين بالتصرف عن أهليته، لا ينصب الحاكم مع الباقى غيره، بل ينفرد بالتصرف.

ولو ضعف أحدهما، ولم يخرج عن الأهلية بالكلية - ضم إليه من يساعده، كما قلنا فى المنفرد إذا ضعف.

ولو خرج أحد المشتركين فى التصرف عن الأهلية، نصب الحاكم مع الباقى من يقوم مقام الخارج. ولو أذن الحاكم للباقى فى الاستقلال، فهل يكفى؟ فيه وجهان حكاهما العراقيون أصحهما فى الرافعى: لا، وبه جزم الماوردى؛ لأن الموصى لم يرض بنظره وحده.

ولو مات الوصيان معًا، فهل للحاكم نَصْبُ قَيِّم واحد أم لا بد من اثنين؛ اتباعًا لرأيه فى التفويض إلى اثنين؟ فيه الوجهان، واستبعد جريان وجه المنع هنا؛ لأن الوصاية قد زالت بالكلية؛ فصار كما لو لم يرض.

فرع: إذا اختلف الوصيان، فإن كان فى الحفظ - قال الشافعى - رضى الله عنه -: قسم المال بينهما نصفين. فحمل أبو إسحاق ذلك على الوصيين اللذين يتصرفان مجتمعين ومفترقين، وأن القسمة تكون بالتقريب؛ ليتصرف كل منهما فى شىء، لا قسمة الأملاك كل شىء نصفين، وينفذ تصرف كل منهما فى النصفين.

وأما المشتركين فى النظر فلا ينفرد أحدهما بحفظ شىء، وهذا أظهر فى البحر.

وقال ابن أبى هريرة وغيره من أصحابنا - وهم الأكثرون -: قول الشافعى - رضى الله عنه - يرجع إلى حالة الاستقلال وحالة الاشتراك فى النظر.

ثم على كل حال، لو اختلفا بعد القسمة فى عين النصف المحفوظ؟ فوجهان:

أحدهما: يقرع.

والثانى: يرجع إلى تعيين القاضى.

ولو كان المال مما لا يقسم، ترك فى موضع، ويقفلان عليه، أو يجعلاه تحت يد ثالث.

وهكذا الحكم إذا كان مما يقسم، ومنعنا القسمة على رأى أبى إسحاق.

ولو امتنعا من ذلك، فعل الحاكم رأيه، وهل يضعه تحت يد أمين أو اثنين؟ فيه وجهان: أصحهما فى النهاية: الأول.

وإن كان الاختلاف فى التصرف، فإن كانا مستقلين - قال الشيخ أبو حامد -: يقسم بينهما، ويتصرف كل منهما فى نصفه، فإذا كان الشىء مما لا يقسم، ترك فى أيديهما حتى يتصرفا فيه.

وقال غيره: لا حاصل لهذا الاختلاف، ومن سبق نفذ تصرفه. نعم لو اختلفا فى تعيين من يصرف إليه من الفقراء فماذا يصنع؟ فيه وجهان فى النهاية:

أحدهما: يقرع واستبعده.

والثانى: يضعه الحاكم فيمن يراه أهلا على وفق الوصية.

وإن كانا غير مستقلين، أمرهما الحاكم بما يرى فيه المصلحة، فإن امتنع أحدهما، ضم القاضى إلى الآخر أمينًا، وإن امتنعا أقام الحاكم مقامهما آخرين، ولا ينعزلان بالاختلاف.

ولو اختلفا فى تعيين من يصرف إليه من الفقراء، عين القاضى من يراه[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ومن وصى إليه فى شىء - لم يصر وصيًا فى غيره.

ومن وصى إليه إلى مدةٍ - لم يصر وصيًا بعد المدة؛ لأنه تصرف بالإذن فكان على حسب الإذن.

(فصل) وللوصى أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه؛ كما قلنا فى الوكيل.

ولا يجوز أن يوصى إلى غيره؛ لأنه يتصرف بالإذن؛ فلم يملك الوصية؛ كالوكيل.

فإن قال: أوصيت إليك فإن مت فقد أوصيت إلى فلانٍ - صح؛ لأن عمر - رضى

---

(١) ينظر كفاية النبيه خ .

الله تعالى عنه - وصى إلى حفصة، فإذا ماتت فإلى ذوى الرأى من أهلها ووصت فاطمة - رضى الله عنها - إلى على - كرم الله وجهه - فإذا مات فإلى ابنيها، ولأنه علق وصية التالى على شرطٍ فصار كما لو قال: وصيت إليك شهرًا، ثم قال: إلى فلانٍ.

فإن أوصى إليه وأذن له أن يوصى إلى من يرى - فقد قال فى «الوصايا»: لا يجوز، وقال «فى اختلاف العراقيين»: يجوز.

فمن أصحابنا من قال: يجوز، قولًا واحدًا؛ لأنه ملك الوصية والتصرف فى المال، فإذا جاز أن ينقل التصرف فى المال إلى الوصى - جاز أن ينقل الوصية إليه.

وما قال «فى الوصايا» - أراد إذا أطلق الوصية.

ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: يجوز لما ذكرناه.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه يعقد الوصية عن الموصى فى حالٍ لا ولاية له فيه.

وإن وصى إليه، وأذن له أن يوصى بعد موته إلى رجلٍ بعينه - ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين.

والثانى: أنه كالمسألة الأولى؛ لأن علة المسألتين واحدة.

(الشرح) وقف عمر ووصية فاطمة تقدم بيانهما.

الأحكام: إن أوصى إلى شخص فى شىء، لم يصر وصيًّا فى غيره، كما فى الوكيل، والحاكم. وإذا أطلق الوصية فى مال الأطفال، استفاد الوصى بها حفظ المال، وهل يستفيد التصرف؟ فيه وجهان، المذهب منهما فى التتمة: نعم؛ اعتمادًا على العرف. وذكر بدل الوجه الأول وجهًا: أن الوصاية لا تصح حتى يتبين ما فوضه إليه؛ فحصل فى المسألة ثلاثة أوجه.

ولا نزاع فى أنه لو قال: «أوصيت إليك» مقتصرًا على ذلك، فهو لغو.

وللوصى أن يوكل فيما لا يتولى مثله بنفسه؛ كالوكيل، ومفهوم هذا منع التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه، وهو وجه حكاه القاضى أبو الطيب، وحكى الشيخ أبو حامد عن المذهب: أنه يجوز فيه أيضًا؛ لأنه يتصرف فيما لم ينص عليه؛ فأشبه الأب وليس له أن يوصى؛ لأن تصرفه مستفاد من جهة آدمى؛ فلم يجز له أن يوصى؛

كالوكيل وأمين الحاكم.

وإن جعل إليه أن يوصى عن نفسه، أو عن الموصى، ولم يعين من يوصى إليه - ففيه قولان:

أحدهما: يجوز؛ لأن نظر الوصى أقوى من نظر الوكيل، وقد جاز للوكيل أن يوكل بالإذن؛ فيجوز للوصى أن يوصى بالإذن من طريق الأولى، وهذا ما نص عليه فى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى، واختاره أبو إسحاق، وقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وكذلك الرويانى فى كتاب الوكالة -: إنه الصحيح.

والثانى: لا يجوز؛ لأنه ليس بكامل الشفقة؛ فلم يجز له أن يختار ناظرًا بعد الموت؛ كأمين الحاكم، ويخالف الوكيل؛ لأن إذن موكله باق؛ لكونه حيًا؛ فلذلك عمل بموجبه، وليس كذلك الوصى؛ فإنه استنابه بالتصرف فى وقت ليس للمستنيب التصرف فيه، ولا أن يأذن فافترقا، وهذا ظاهر نصه فى المختصر، واختاره المزنى.

أما إذا جعل له أن يوصى عن الموصى صح، كذا حكاه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وصاحب البحر فى الصورتين فى كتاب الوكالة، وإن أطلقوا الكلام هنا.

وكلام الرافعى مصرح بأن الخلاف فى الصورة الثانية، وحكى طريقة أخرى جازمة بالصحة.

ولو عين له من يوصيه بأن قال: «أوصيت لك، فإن أوصيت إلى زيد فقد أوصيت إليه، وهو وَصِيِّى» - فمنهم من خرجه على القولين السابقين، ومنهم من قطع بالصحة، وهذا الطريق لم يذكر الماوردى سواه، وقال: لو مات الوصى قبل أن يوصى لم يكن زيد وصيًا ما لم ينصبه الحاكم، وهل يجوز للحاكم أن يفوض الأمر إلى غيره؟ فيه وجهان.

فرع: فإن وصى إلى رجل، ثم من بعده إلى آخر، جاز؛ لأن عمر - رضى الله عنه - أوصى إلى حفصة فى أمر الوقف[1]، ثم من بعدها إلى ذوى الرأى من أهلها، وكذلك فاطمة أوصت فى وقفها إلى على - رضى الله عنهما - فإن حدث فيه حادث، فإلى ابنيها.

وبالقياس على ما لو قال: أوصيت إلى سنة، أو إلى أن يقدم فلان فيكون وصيى،

---

(١) ينظر: نهاية المحتاج (٦/ ٣٥٨) .

أو إلى أن يكبر ولدى فيكون وصيى؛ فإنه يصح فى هاتين الصورتين الأولى والأخيرة؛ فكذلك هاهنا.

وفى الحاوى: أن الشافعى - رضى الله عنه - أوصى سنة إلى شخص، ثم من بعده إلى غيره.

وقال الرافعى: إن هذا ظاهر المذهب.

وتحتمل الوصية التعليق كما تحتمل الجهالات.

وحكى أبو عبد الله الحناطى وآخرون خلافًا؛ أخذًا من الخلاف فى تعليق الوكالة. وبالمنع أجاب الرويانى، فقال: قوله: «إذا مت فقد أوصيت إليك» لا يجوز، بخلاف قوله: «وصيت لك إذا مت»، وقد استدل بعضهم على الجواز فى مسألة الكتاب بما روى أنه - عليه السلام - بعث جيشًا، وقال: «أَمِيرُكُمْ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ، فَإِنْ أُصِيبَ فَجَعْفَرُ بن أَبِى طَالِبٍ، فَإِنْ أُصِيبَ فَعَبْدُ اللهِ بْنُ رَوَاحَةَ، فَإِنْ أُصِيبَ فَلْيَرْضَ المُسْلِمُونَ رَجُلًا»[١] وأصيب من عيَّنه رسول الله ﷺ على الترتيب، فارتضى المسلمون خالد بن الوليد. وفى الدلالة به نظر؛ لأن المستنيب هنا رسول الله ﷺ، وهو باق إذ ذاك، وهو بالوكالة أشبه، والكلام هنا فى صحة الاستنابة به بعد الموت[٢].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا تتم الوصية إليه إلا بالقبول؛ لأنه وصية فلا تتم إلا بالقبول؛ كالوصية له.

وفى وقت القبول وجهان:

أحدهما: يصح القبول فى الحال.

وفى الثانى: لأنه أذن له فى التصرف؛ فصح القبول فى الحال، وفى الثانى؛ كالوكالة.

والثانى: لا يصح إلا بعد الموت؛ كالقبول فى الوصية له.

(فصل) وللموصى أن يعزل الوصى إذا شاء، وللوصى أن يعزل نفسه متى شاء؛ لأنه تصرف بالإذن فجاز لكل واحدٍ منهما فسخه؛ كالوكالة.

---

(١) تقدم.

(٢) ينظر: كفاية النبيه خ.

(فصل) إذا بلغ الصبى واختلف هو والوصى فى النفقة؛ فقال الوصى: أنفقت عليك، وقال الصبى: لم تنفق على - فالقول قول الوصى؛ لأنه أمين وتتعذر عليه إقامة البينة على النفقة.

فإن اختلفا فى قدر النفقة فقال: أنفقت عليك فى كل سنةٍ مائة دينارٍ، وقال الصبى: بل أنفقت على خمسين دينارًا، فإن كان ما يدعيه الوصى النفقة بالمعروف - فالقول قوله؛ لأنه أمين.

وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف - فعليه الضمان؛ لأنه فرط فى الزيادة.

وإن اختلفا فى المدة، فقال الوصى: أنفقت عشر سنين، وقال الصبى: خمس سنين - ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى سعيدٍ الإصطخرى -: أن القول قول الوصى؛ كما لو اختلفا فى قدر النفقة.

والثانى - وهو قول أكثر أصحابنا -: أن القول قول الصبى؛ لأنه اختلاف فى مدةٍ الأصل عدمها.

(فصل) وإن اختلفا فى دفع المال إليه، فادعى الوصى أنه دفعه إليه، وأنكر الصبى - ففيه وجهان:

أحدهما - وهو المنصوص -: أن القول قول الصبى؛ لأنه لم يأتمنه على حفظ المال؛ فلم يقبل قوله عليه؛ كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودع، والملتقط إذا ادعى دفع اللقطة إلى مالكها.

والثانى: أن القول قول الوصى؛ كما قلنا فى النفقة.

(الشرح) الأحكام: لا تتم الوصية إلا بالقبول؛ لأنها عقد على تصرف، فافتقر إلى القبول كالوكالة، ومن هذا يؤخذ أنه لا بد من الإيجاب؛ لأن القبول بدونه لا يعقل، وحُكى عن بعض أصحابنا إشارة إلى خلاف فى اشتراط القبول، ثم صريح الإيجاب أن يقول: أوصيت إليك فى كذا، أو فوضت، أو أقمتك مقامى، وما أشبه ذلك، وهل ينعقد بلفظ الولاية؛ بأن يقول: وليتك كذا بعد موتى؟ فيه وجهان.

ولا خلاف أنه إذا اعتقل لسانه، وأشار إشارة مفهمة - أن ذلك كافٍ.

ولو قرئ عليه كتاب الوصية، وأشار برأسه - أى: نعم - صحت؛ لأنه بالعجز صار كالأخرس، وهذا مطَّرد فى الوصية بالمال أيضًا، والقبول لا يخفى لفظه.

وحكى الأستاذ أبو منصور وجهين فى أن عمل الوصى هل يقوم مقام لفظ القبول؟

فرع: وله أن يقبل فى الحال، وله أن يقبل فى الثانى؛ لأنه إذن فى تصرف لا يفوت؛ فجاز قبوله فى الحال والثانى؛ كما فى الوكالة.

والمراد بـ «الثانى»: بعد الموت، وهذا ما جزم به أبو الطيب، وذهب ابن سريج إلى أن القبول قبل الموت لا يعتد به؛ كما لو قبل الوصية بالمال قبل الموت، وهذا أظهر فى الرافعى.

وعلى الخلاف خرج ما لو رَدَّ الوصية قبل الموت هل يؤثر؟ فعلى الأول: نعم، وعلى الثانى: لا.

وفى البحر حكاية وجه: أنا إذا اشترطنا أن يكون القبول بعد الموت أنه يشترط فيه الفورية[1].

وقد صور العمرانى الخلاف فى هذه المسألة فقال: وإذا أوصى إليه، لم يملك الوصى التصرف إلا بالقبول، كما لو وصى له. فإن قبل بعد موت الموصى، صح؛ كالوصية له. وإن قَبِلَ قبل موت الموصى، فهل يصح قبوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ كالوصية له.

والثانى: يصح؛ لأنه إذن فى التصرف؛ فجاز القبول فيه بعد الإيجاب؛ كالوكالة.

فإذا قلنا بهذا: فللوصى أن يعزل نفسه فى حياة الموصى. فإذا عزل نفسه، انعزل ولم تعد الوصية إليه إلا بوصية أخرى، وسواء عزل نفسه بحضرة الموصى أو بغيبته.

وقال أبو حنيفة: إذا عزل نفسه فى حياة الموصى، لم ينعزل حتى يرده فى وجهه. يعنى: بحضرته.

دليلنا: أنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه؛ فلم يفتقر إلى حضوره؛ كالوكالة والطلاق.

وإن قلنا: لا يصح قبوله إلا بعد موت الموصى، فلا حكم لعزله نفسه فى حياة الموصى، فإن قبل الوصية بعد موت الموصى، ثم عزل نفسه، انعزل ورفع الأمر إلى الحاكم؛ ليقيم غيره مقامه.

وقال أبو حنيفة: إذا مات الموصى وقبل الوصى الوصية، لزمت الوصية إليه؛ فلا

(١) ينظر: كفاية النبيه خ .

يملك عزل نفسه، ولا يملك الحاكم عزله إلا بأن يعجز أو يقر بالعجز؛ فيقيم الحاكم غيره مقامه.

دليلنا: أنه ينظر بتوليه، فملك عزل نفسه كالوكيل. وللموصى أن يعزل الوصى؛ لأنه أذن له فى التصرف؛ فجاز له عزله؛ كالموكل.

فصل: قال الشافعى: ويخرج الوصى من مال اليتيم كل ما لزمه من زكاة ماله وجنايته وما لا غنى به عنه.

وجملة ذلك: أن الوصى يخرج من مال الصغير زكاة ماله، وزكاة فطره، ومماليكه؛ لما روى عن على رضى الله عنه: أنه كان فى يده مال ليتيم، فلما بلغ، رده إليه، فوجده ناقصًا، فسأله عن ذلك، فقال: احسبوا قدر الزكاة، فحسبوا، فإذا هو قدر النقصان، فقال على: أفترانى أَلِى مالا لا أخرج الزكاة منه؟! ولأن ذلك حق واجب؛ فكان على الولى إخراجه.

وإن قتل الصغير آدميًّا عمدًا أو خطأ، وجب عليه الكفارة، وأخرجها الولى من ماله.

ويخرج عنه ما وجب عليه بأرش الجناية وإتلاف المال؛ لأن ذلك واجب عليه، فهو كالزكاة.

وإنما يخرج الولى الأرش وبدل المتلف من ماله إذا قامت البينة على إتلافه، فأما بإقراره فلا يتصور ذلك؛ لأنه غير مكلف؛ فلا حكم لإقراره.

وإن أقر الوصى عليه، لم يلتفت إلى إقراره؛ لأنه أقر عليه بما فيه ضرر عليه؛ فلم يقبل، وينفق عليه الوصى ويكسوه بالمعروف؛ لأن ماله مرصد لمصالحه، ونفقتُه وكسوته منها.

فإن أنفق عليه أو كساه أكثر من المعروف، لزم الوصى ضمان الزيادة؛ لأنه مفرط فيها.

فإن بلغ الصبى رشيدًا، سلم إليه ماله.

وإن اختلف هو والوصى فى قدر ما أنفق عليه الوصى، فإن كان ما يدعيه الوصى أكثر من النفقة بالمعروف، لزم الوصى ضمان الزيادة، وإن كان ما يدعيه النفقة بالمعروف، فالقول قول الوصى مع يمينه؛ لأنه أمين فقبل قوله فيه.

وإن اختلفا فى قدر مدة الإنفاق عليه، بأن قال الوصى: مات أبوك من عشر سنين

وأنفقت عليك فيها، وقال: بل مات أبى من ثمانى سنين - ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى سعيد الإصطخرى -: أن القول قول الوصى، كما لو اختلفا فى قدر النفقة.

والثانى - وهو قول أكثر أصحابنا، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره -: أن القول قول الموصى عليه؛ لأن الأصل حياة الأب، ويمكن الوصى إقامة البينة على ذلك بخلاف قدر النفقة.

فصل: وإن ادعى الوصى أنه دفع إليه ماله بعد البلوغ، وأنكر الموصى عليه - ففيه وجهان: أحدهما - وهو المنصوص -: أن القول قول الموصى عليه؛ لأنه لم يأتمنه على المال؛ فلم يقبل قوله عليه؛ كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودع، والملتقط إذا ادعى دفع اللقطة إلى مالكها.

والثانى: أن القول قول الوصى، كما قلنا فى النفقة.

فرع: وإن بلغ الصبى غير رشيد، استديم عليه الحجر، ولم يسلم إليه ماله، بل ينفق عليه ويكسوه، ويخرج ما وجب عليه من ماله؛ كما كان قبل البلوغ.

قال الشافعى: فإن كان متلفًا يبذر ما يعطى من نفقة أسبوع، أعطاه نفقة يوم فيوم. وإن كان يتلف ما يعطيه من نفقة يوم، فإن الوصى يجلسه عنده ويحضر الطعام، ويأكله وهو بين يديه.

فإن كان يخرق الثياب، أو كان مجنونًا كثير الخرق، قال الشافعى: قرّعه الولى وهدده، فإن تهيب وارتدع، وإلا فإن الولى يجلسه فى البيت عريانًا بمئزر يستر عورته ويصلى فيه، فإذا أخرجه إلى الناس كساه، فإذا رده نزع عنه ذلك.

وإن احتاج إلى خادم، ومثله يخدم، قال الشافعى: اشترى له خادمًا.

وأما إنكاحه: فإن لم يكن محتاجًا إليه، لم يزوجه؛ لأنه لا حاجة به إليه؛ لأنه يلزمه المهر، والنفقة، والكسوة. وإن احتاج إلى النكاح، زوجة الوصى؛ لئلا يقدم على الزنى؛ فيكون فيه رجمه أو حده. وصيانة نفسه أولى من صيانة ماله.

قال الشيخ أبو حامد: ولا يزيد على واحدة؛ لأن الكفاية تقع بها، بخلاف الأب والجد؛ فإنه يجوز أن يزوج الصغير بأربع؛ لأنه غير متهم فى ذلك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير إذنه إلا دين يقضى عنه، أو

صدقة يتصدق بها عنه، أو دعاء يدعى له.

فأما الدين؛ فالدليل عليه ما روى أن امرأةً من خثعم سألت رسول الله ﷺ عن الحج عن أبيها؛ فأذن لها؛ فقالت: أينفعه ذلك؟ قال: «نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه».

وأما الصدقة، فالدليل عليها ما روى ابن عباسٍ، أن رجلًا قال لرسول الله ﷺ إن أمه توفيت أفينفعها أن أتصدق عنها؟ فقال: «نعم، قال: فإن لى مخرفًا فأشهدك أنى قد تصدقت به عنها».

وأما الدعاء؛ فالدليل عليه قوله - عز وجل -: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُو مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾ [الحشر: ١٠]، فأثنى الله - عز وجل - عليهم بالدعاء لإخوانهم من الموتى.

وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغيرها - فلا يلحق الميت ثوابها، لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثٍ: صدقةٍ جاريةٍ، أو علم ينتفع به، أو ولدٍ صالحٍ يدعو له».

واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمينٍ فأعتق عنه:

فمنهم من قال: لا يقع العتق عن الميت بل يكون للمعتق؛ لأن العتق غير متحتم على الميت؛ لأنه كان يجوز له تركه إلى غيره فلم يقع عنه؛ كما لو تطوع بالعتق عنه فى غير الكفارة.

ومنهم من قال: يقع عنه؛ لأنه لو أعتق فى حياته سقط به الفرض، وبالله التوفيق.

(الشرح) قوله: روى أن امرأة من خثعم... تقدم فى الحج.

وأما حديث ابن عباس فقد تقدم فى الحج.

قوله: (فإن لى مخرفًا)[1] بفتح الميم، وهو: البستان، والمخرف: النخلة نفسها أيضًا.

الأحكام: قال الشافعى فى «الإملاء»: يلحق الميت من فعل غيره وعمله حجٌّ يؤدَّى عنه، أو مال يتصدق به، أو دين يقضى، أو دعاء.

وجملة ذلك: أنه إذا مات وعليه حج فرض إما حجة الإسلام، أو القضاء، أو

---

(١) ينظر: النظم (٢/١٠٣).

النذر، فإن كان له مال، وجب قضاؤه من ماله. وإن لم يكن له مال، ففعله الوارث أو الأجنبى عنه، صح؛ لما روى: أن امرأة من خثعم استأذنت النبى ﷺ فى الحج عن أبيها فأذن لها، قالت: أينفعه ذلك؟ قال: «نَعَمْ؛ كَمَا لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكِ دَيْنٌ، فَقَضَيْتِهِ، نَفَعَهُ».

وإن لم يكن عليه حج فرض، فأراد إنسان أن يتطوع بالحج عنه بغير إذنه، لم يجز، ولم يلحقه ثوابه؛ لأن تطوعه لا يلحق غيره. وإن أوصى به، ففيه قولان، وقد مضى ذلك فى الحج.

وأما الصدقة: فيجوز للوارث وللأجنبى أن يتصدقا عن الميت، ويلحق الميت ثوابها؛ لما روى: أن رجلا أتى النبى ﷺ، فقال: يا رسول الله، إن أمى افتلتت نفسها، ولولا ذلك لوهبت وتصدقت، أأتصدق عنها؟ قال: «نعم» قال: فإن لى مخرفًا، فأشهدك أنى قد تصدقت به عنها.

قال الشافعى - رحمه الله -: وواسع فى فضل الله أن يثيب المتصدق أيضًا.

وأما الدين: فيجوز للوارث والأجنبى أن يقضياه عن الميت؛ لما ذكرناه فى حديث الخثعمية.

وروى: أن النبى ﷺ: أتى بجنازة ليصلى عليها، فقال: «هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ؟» قالوا: نعم، ديناران. فتحملهما أبو قتادة، فصلى عليه النبى ﷺ، فلما قضاهما أبو قتادة، قال له النبى ﷺ: «الآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ»[1].

وأما الدعاء: فيلحق الميت؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُو مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾ [الحشر: ١٠]، فلولا أن الدعاء يلحقهم، لما أثنى عليهم بالدعاء لإخوانهم.

وروى: أن النبى ﷺ قال: «إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إلا مِنْ ثَلاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أو عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أو وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ».

فمعنى الصدقة الجارية: الوقف.

ومعنى العلم المنتفع به: إما كتب علم وقفها، أو علّم غيره.

فأما ما سوى ذلك من القرب: كالصلاة والقراءة والذكر، فلا يلحق الميت ثوابها

(١) تقدم.

بفعل الغير لها عنه، قال أصحابنا: إلا أنه إذا قرئ القرآن عند القبر أو الميت، فإن ثواب القراءة للقارئ، ولكن الرحمة تنزل حيث يقرأ القرآن؛ فيرجى أن تعم الرحمة الميت؛ لأنه كالجالس بينهم. هذا مذهبنا.

وحكى عن أحمد بن حنبل: أنه قال: يلحق الميت ثواب ما يفعل عنه من الصلاة، والقراءة، والذكر.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَـٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩] وهذا عموم، إلا فيما خصه الدليل.

وقوله ﷺ: «إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إلا مِنْ ثَلاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أو عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أو وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»، وهذا ليس بواحدٍ منها.

وإن أعتق عن الميت رقبة، فإن لم يكن فى ذمته رقبة من كفارة متحتمة بالعتق أو بالنذر، ولا أوصى بها - لم يقع ذلك العتق عن الميت؛ لما ذكرناه. وإن كان فى ذمته عتق رقبة متحتمة من نذر أوكفارة قتل أو ظهار، فأعتق عنه الوارث أو الوصى - صح ذلك عن الميت، وإن كان بغير إذنه؛ لأنه واجب عليه، وهما يقومان مقامه فى أداء الواجب عليه.

وإن كان عليه كفارة يمين، فأعتق عنه رقبة بعد موته بغير إذنه - فهل تقع عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: تقع عن الميت؛ لأنه لو كفر بها فى حياته، لصح، فإذا أعتقها عنه غيره بعد موته، وقعت عنه؛ ككفارة الظهار.

والثانى: لا تقع عنه، بل تقع عن المعتق؛ لأن العتق كان غير متحتم عليه، بل كان مخيرًا: بين الإطعام والكسوة والعتق؛ فصار كما لو تطوع عنه بالعتق.

* * *

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

كتاب العتق

العتق قربة مندوب إليه، لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوًا منه من النار، حتى فرجه بفرجه».

(الشرح) حديث أبى هريرة تقدم تخريجه فى الوصايا.

الأحكام: الأصل فى العتق: قوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧].

قال أهل التفسير: أنعم الله عليه بالإسلام، وأنعمت عليه بالعتق.

وقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] فى مواضع من القرآن.

وقوله تعالى: ﴿فَلَا ٱقْتَحَمَ ٱلْعَقَبَةَ وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْعَقَبَةُ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١١ - ١٣].

ومن السنة روى عن النبى ﷺ أنه قال: «فى جَهنَّم عقبةٌ لَا يَقْتَحِمُهَا إلا مَنْ فَكَّ رقَبة».

وما روى أبو داود عن أبى نجيح: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أَيُّما رَجُلٍ مسْلم أعتقَ رجلًا مسْلِمًا، فإنَّ اللهَ - عَزَّ وجَلَّ - جاعلٌ وفاء كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِه عَظْمًا مِنْ عِظَامِ مُحَرره من النَّار، وأيُّما امرأةٍ أَعْتَقَتْ امرأةً مسلمةً، فإنَّ اللهَ جَاعلٌ وفاء كُل عَظمٍ من عِظامِها عظمًا من عِظام مُحررتها من النَّار يومَ القِيامةِ»(١).

وأخرجه النسائى وابن ماجه وقال الترمذى: حديث حسن صحيح. وقد جاء فى حديث خرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه عن شرحبيل بن السمط عن كعب بن مرة - أو مرة بن كعب -: أنه ﷺ قال: «وأيُّما رَجُلٍ أَعْتَقَ امْرأتَيْنِ إلا كانتا فِكَاكَه من النَّارِ يُجْزَى مَكَانَ كُل عَظْمَيْنِ مِنْهُمَا عَظْما من عِظَامِهِ»(٢).

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١١٣) و (٣٨٤) وأبو داود (٢/ ٤٢٤) كتاب العتق، باب أى الرقاب أفضل (٣٩٦٥) والترمذى ٣/ ٢٧٥ - ٢٧٦ أبواب فضائل الجهاد، باب ما جاء فى فضل الرمى فى سبيل الله (١٦٣٨)، والنسائى ٦/ ٢٦ كتاب الجهاد، باب ثواب من رمى بسهم فى سبيل الله عز وجل.

(٢) أخرجه أحمد ٤/ ٢٣٥ وعبد بن حميد (٣٧٢) وأبو داود (٣٩٦٧) وابن ماجه ٤/ ١٤٥ كتاب العتق، باب (٢٥٢٢) والنسائى فى الكبرى (٣/ ١٦٩) كتاب العتق، باب فضل. العتق. وينظر الكفاية خ.

وروى واثلة بن الأسقع قال: أتينا النبى ﷺ فى صاحب لنا أوجب النار بالقتل، فقال: «أَعْتِقُوا عنه رَقَبةً يعتِق اللهُ بكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ»[١].

وقال ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رقبةً مؤمنةً، أَعْتَقَ اللهُ بكُلِّ إرْبٍ مِنْهَا إرْبًا من النَّارِ، حَتَّى إنَّهُ ليعتِقُ اليَدَ باليدِ، والرجْلَ بالرجْلِ، والفَرْجَ بالفَرْجِ»[٢].

وروى عن عمرو بن عبسة أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ»[٣].

وقال ﷺ «الولاءُ لِمنْ أَعْتَقَ»[٤].

وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «فى جَهَنَّمَ عَقَبةٌ لَا يَقْتَحِمُها إلَّا مَنْ فَكَّ رَقَبةً».

وقال تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾ [الأحزاب: ٣٧]. يعنى: زيد بن حارثة: أنعم الله عليه بالإسلام، وأنعم عليه رسول الله ﷺ بالعتق؛ ولذلك سمى المولى المعتق منعمًا.

وقال الله تعالى فيما أوجبه من كفارة القتل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

وفيما أوجبه من كفارة الظهار: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

وفى الكتابة المفضية إلى العتق: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

وروى عن ابن عبسة أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ»[٥].

وروى واثلة بن الأسقع، وعبد الله بن عمر أن النبى ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٩١) وأبو داود (٢/ ٤٢٤) كتاب العتق، باب فى ثواب العتق (٣٩٦٤) والنسائى فى الكبرى (٣/ ١٧١، ١٧٢) كتاب العتق، باب ذكر اسم هذا الولى، وابن حبان فى صحيحه (٦/ ٢٥٦) (٤٢٩٥) والحاكم فى المستدرك ٢/ ٢١٢ وقال: على شرط الشيخين.

(٢) تقدم تخريجه فى المتن من حديث أبى هريرة.

(٣) أخرجه أبو داود ٢/ ٤٢٤ - ٤٢٥ كتاب العتق، باب أى الرقاب أفضل (٣٩٦٦).
وأخرجه أحمد (٤/ ١٤٧ و١٥٠)، عن عقبة بن عامر وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ٢٤٥) وقال: رواه أحمد وأبو يعلى والطبرانى ورجاله رجال الصحيح خلا قيس الجذامى، ولم يضعفه أحد.

(٤) تقدم.

(٥) تقدم.

مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنَ النَّارِ»[(١)]

وروى أن عائشة - رضى الله عنها - نذرت أن تعتق عشرة من بنى إسماعيل، فسبى قوم من بنى تميم، فقال لها النبى ﷺ «إِنْ سرَّكِ أَنْ تُعْتِقِى الصَّمِيمَ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ، فَأَعْتِقِى هؤلاء»[(٢)].

وأعتق رسول الله ﷺ سلمان، وشقران، وثوبان، وزيد بن حارثة.

واشترى أبو بكر - رضى الله عنه - بلالًا وكان يعذب على الإسلام فأعتقه لوجه الله - تعالى - فقال فيه عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بلال سيدنا وعتيق سيدنا[(٣)].

وفى قوله: بلال سيدنا ثلاثة تأويلات:

أحدها: قوله ﷺ: «سَيِّدُ الْقَوْمِ خَادِمُهُم»[(٤)].

والثانى: لسابقته فى الإسلام، وأنه كان من المعذبين فيه.

والثالث: أنه قصد به التواضع وكسر النفس.

وقد أعتق عمر، وعثمان، وعلى - رضوان الله عليهم - عبيدًا وإماءً وكذلك أهل الثروة من الصحابة - رضى الله عنهم - فى عصر الرسول ﷺ وبعده، فدل على

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم (٤/ ١٩٥٧) كتاب فضائل الصحابة باب من فضائل غفار وأسلم (١٩٨/ ٢٥٢٥) والحاكم فى المستدرك (٤/ ٨٤) ومن طريقه البيهقى فى السنن الكبرى (٩/ ٧٥) عن أبى هريرة قال: ثلاث سمعتهن لبنى تميم من رسول الله ﷺ لا أبغض بنى تميم بعدهن أبدًا كان على عائشة نذر محرر من ولد إسماعيل فسبى سبى من بنى العنبر فلما جىء بذلك السبى قال لها رسول الله ﷺ: «إن سرك أن تفى بنذرك فأعتقى محررًا من هؤلاء» فجعلهم من ولد إسماعيل .... الحديث.

وأخرجه البخارى (٨/ ٤١٥) كتاب المغازى باب من قال ابن إسحاق ... (٤٣٦٦)، ومسلم (١٩٨/ ٢٥٢٥) عن أبى هريرة بنحوه.

(٣) أخرجه البخارى (٧/ ١٢٤) كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب بلال (٣٧٥٤).

(٤) ذكره الهندى فى كنز العمال (١٧٥١٧) وعزاه لابن ماجه عن أبى قتادة والخطيب فى التاريخ عن ابن عباس.

والحديث ليس فى سنن ابن ماجه كما قال.

وفى (١٧٥١٨) وعزاه لأبى نعيم فى الأربعين الصوفية عن أنس بلفظ: «سيد القوم خادمهم، وساقيهم آخرهم شربًا» وفى (١٧٥١٩) وعزاه للحاكم فى التاريخ، وللبيهقى فى الشعب (٨٤٠٧) عن سهل بن سعد بلفظ «سيد القوم فى السفر خادمهم، فمن سبقهم بخدمة لم يسبقوه بعمل إلا الشهادة».

فضل العتق[١].

وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به.

لأن فى العتق فكًّا من ذل الرق بعز الحرية وكمال الأحكام بعد نقصانها، والتصرف فى نفسه بعد المنع منه، وتملك المال بعد حظره عليه، فكان من أفضل القرب من المعتق وأجزل النعم على المعتق.

ولأن الله تعالى كفر به الذنوب، وجبر به المآثم، ومحا به الخطايا، وما هو بهذه الحال فهو عند الله عظيم[٢].

ومحل كون العتق قربة إذا كان منجزًا، أما إذا كان معلقًا فليس بعقد قربة، وكذلك الإيصاء ليس عقد قربة بخلاف التدبير؛ حكاه الرافعى فى كتاب الصداق فى مسألة الرجوع بنصفه[٣].

ولما كان العتق فى الإسلام بهذه المنزلة الرفيعة وقد أولاه الشرع الحنيف كل تلك الأهمية، ووعد الشارع الحكيم فاعله بهذا الثواب الجزيل - فإنه يجدر بنا أن نقدم - قبل الخوض فيما سيذكره المصنف من أحكام العتق - بشىء من التفصيل لموقف الإسلام من الرق، وفى ذلك يقول شيخنا العلامة محمد عبدالرحمن مندور - رحمه الله تعالى، وأسكنه فسيح جناته -:

هو موضوع قديم وحديث معًا، وقد يحلو لبعض القراء أن يقول: إن العلماء والكتاب قتلوه بحثًا ودراسة، وتناولوه من مختلف جوانبه وشعاب مسالكه سبرًا وتمحيصًا نقدًا وتفنيدًا، أو دفاعًا وتمجيدًا بحيث لم تعد هناك حاجة إلى سماع المزيد فيه.

ومع احترامى لأصحاب هذا القول والتماس العذر لهم وتقديرى لمن كتبوا فيه وحسن الظن بهم فى الجملة أبادر فأقول:

إنهم مع هذا لم يوفوا الموضوع حقه، ولم يدعموه بالأسانيد التى تروى غلة القارئ، وتشبع نهمة تطلع الباحث المدقق.

---

(١) ينظر الحاوى ١٨/ ٤ .
(٢) ينظر السابق.
(٣) ينظر الكفاية خ.

وإن كانت تحدو بعضهم الرغبة الصادقة والحماس المتدفق دفاعًا عن الإسلام وتمجيدًا لتعاليمه، وردًا لطعن الطاعنين فى حرمات هذا الدين وأهله.

لذلك أستسمحكم سادتى أن أدلى بدلوى مع المدلين فلعل دولى تخرج مترعة تفيض وتغنى بما تحوى بفضل الله وتوفيقه - مع تكرار شكرى لكم، ومع اعتذارى إن كان تقصير أو جنوح عن الصواب.

وبعد ذلك يذكر شيخنا - رحمه الله - معنى الرق لغة وشرعًا، ثم ينتقل للحديث عن أنواعه فيقول:

أنواع الرق:

للرق الذى وقع فى المجتمع البشرى سببان فى الجملة، يتنوع الرق باعتبارهما إلى نوعين:

أحدهما: قانونى.

والآخر: غير قانونى.

وأعنى بالقانونى هنا: ما يعترف به المجتمع البشرى، وإن لم يصدر قانون بتنظيمه وتوضيح آثاره وأسبابه؛ كأسرى الحرب.

وبغير القانونى: ما ليس كذلك، وإن مارسه بعض أفراد المجتمع؛ كالمخطوفين من زنوج أفريقيا وغيرهم.

والدين الإسلامى أجاز الرق فى الجملة بمفهومه الأول، ولكنه لم يعترف به باعتبار المفهوم الثانى، وأعنى به الرق غير القانونى الذى مارسه من عرفوا بتجار الرقيق، وهم عصابات السطو المسلح على الآمنين الأحرار من زنوج أفريقيا وغيرها وتكبيلهم بالقيود والأغلال، وسوقهم بلا رحمة ولا شفقة تحت وطأة لذعات السياط ووخزات أطراف الأسنة والرماح؛ ليبيعوهم فى أسواق العبيد بقصد الربح والاستغلال وحبًا فى جمع المال من أيسر طريق، وإن خالف الضمير الإنسانى، وأبته الأديان والأخلاق.

وهذا النوع من الرق - رغم ذيوعه وانتشاره فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين - لا يقره الإسلام، ولا يعترف به ولا يمنحه صفة الصلاحية الشرعية، والله تعالى برىء ممن مارسه واتخذه حرفة أو ابتاعه وهو به عالم.

يقول الرسول ﷺ: «ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللهُ إِلَيْهِم يَوْمَ القِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ، وعدَّ منهم: وَرَجُلٌ اسْتَعْبَدَ حُرًّا فَبَاعَهُ وَأَكَلَ ثَمَنَهُ».

ويقول عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فيما دون هذا بكثير: متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارًا؟!

وموقف الإسلام من هذا النوع من الرق يتفق والضمير الحى النقى، ويؤزره الخلق الرشيد، والعقل السديد، فلا نطيل القول فيه.

ولكن الذى نذكره - مع الأسف الشديد، والمرارة المؤلمة، والخجل الذى يندى له جبين الإنسانية من العار، وتتبرأ منه الأديان براءة الذئب من دم ابن يعقوب -:

أن هذا الرق ارتكب أول ما ارتكب باسم الدين، فراح الممارسون له من غير المسلمين يروجون لمشروعيته بأن الغرض منه انتشال هؤلاء الزنوج من براثن الوثنية وتلقينهم تعاليم الديانة المسيحية.

ولما دخل كثير من هؤلاء المغلوبين على أمرهم فى المسيحية، اختلقوا مبررًا جديدًا لهذا المنكر الشنيع الذى يأتونه من بين أيديهم ومن خلفهم، وهو مبرر فضحوا به أنفسهم، وكشفوا به عن نواياهم الخبيثة، فظهروا على حقيقتهم الوحشية المخزية.

فادعوا أن استعبادهم لهؤلاء إنما هو من أجل انحطاطهم الجنسى والعقلى والحضارى عن الرجل الأبيض، ومن ثم فهم لا يصلحون إلا لخدمته والتسخير فى أغراضه حتى يكتسبوا بذلك الحضارة والرقى.

وجاراهم فى منكرهم هذا بعض المتسربلين بالإسلام، والإسلام منهم برىء.

ونشأ عن هذه الممارسة مشكلة خاطئة وخطيرة لا تقوم على أساس من علم أو من واقع هى مشكلة الفارق بين الرجل الأبيض والرجل الأسود، وهى مشكلة لا نزال نعانى من آثارها وأوضارها إلى اليوم، ولا سيما من الأمم التى تزعم أنها عريقة فى المدنية وأكثر تقدمًا وحضارة.

وأما النوع الآخر من الرق، وهو ما نسميه بالرق القانونى باعتبار مصطلحنا السابق، أو ما يسمى بالرق الشرعى باعتبار إجازة الشرع له وتقريره إياه، فسببه

الوحيد هو الحرب بين المسلمين وبين الكفار لإعلاء كلمة الله تعالى.

حيث يجوز شرعًا استرقاق أسير الحرب من الكفار - أى ضرب الرق عليه - على تفصيل فيه للفقهاء، لا يعنينا التعرض له هنا؛ لأن كلامنا بصدد مشروعية الرق وموقف الإسلام من هذه المشروعية.

والرق بهذا المعنى قديم منذ أن اعتز الإنسان بقوته أو قوة عصبيته، وقبيلته، فكان يسيطر على جاره الضعيف، ويحوزه مع أمواله معتبرًا الجميع غنيمة سائغة.

ولكنه لم يأخذ طابع التشريع أو العرف الدولى العام إلا منذ أن عرفت الإنسانية الحروب المنظمة التى يقصد بها توسيع رقعة الأرض أو بسط النفوذ واستغلال مرافق الغير، وبعد أن تطور مفهوم الرق فأصبح مقصورًا على من يؤسر فى ساحة تلك الحروب.

وكان الأسير تحت رحمة آسره: إن شاء قتله، وإن شاء استحياه حياة رخيصة مبتذلة الموت خير منها وأكرم، حيث يستخدمه فى أغراضه المختلفة، ويسخره فى قضاء مآربه بعد أن يسلبه حق التصرف فى شئون نفسه، معتبرًا إياه سلعة ومتعة يستنفذها ويستغلها كما يحلو له، كما يجوز له بعد أن يستنفد أغراضه منها أن يفتك بها إن شاء، ولا رقيب عليه ولا قانون يردعه، وتلك هى حياة الرق فى أبشع صورها وأحلك جوانبها.

الدافع إلى الرق:

ولعل الرق إنما اتخذ هذا الطابع العام المعترف به قديمًا لدوافع نجملها فيما يلى:

أولًا: باعتباره حافزًا على القتال والاستماتة فى مناجزة العدو، فلأن يموت المرء فى ساحة الشرف والدفاع عن الوطن خير له من أن يقع فريسة فى يد عدوه، فيميته الميتة التى يراها أو يمنحه حياة مبتذلة، الموت خير منها وأكرم.

ثانيًا: بقصد إضعاف قوة العدو، وكسر شوكته بحجز هؤلاء المقاتلة عنه؛ فيضطر إلى التسليم أو الصلح.

ثالثًا: باتخاذه عدة من عدد الحرب والإعانة على القتال، حيث يسخر فى إعداد أدوات القتال أو إنجازها، وفى بناء الحصون والقلاع، وإصلاح ما أفسدته الحرب،

وفى فلاحة الأرض، وشق القنوات وتعبيد الطرق، وغير ذلك؛ ليتفرغ آسروه لمناجزة أعدائهم.

رابعًا: باعتباره عاملًا من عوامل الإرهاب والإخافة لمن تحدثه نفسه بمهاجمة غيره، فيتفرغ لإصلاحاته الداخلية، ويشيع الأمن فى ربوعه.

هذه هى أهم الأسباب التى نراها لاستباحة الرق عند تلك المجتمعات فى كافة العصور قديمها وحديثها.

إقرار الإسلام للرق

والإسلام - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - لم يقر الرق إلا فى أسرى الحروب التى تقع بين المسلمين والكفار خاصة.

جاء الإسلام والرق شرعة عامة كما ترون حضراتكم، فهل نطلب منه - والحال هذه - ألا يسترق أعداءه وهم يناوشونه من كل جانب، ويؤلبون الدنيا عليه حربًا ومكيدة، ويأسرون أتباعه، ويغرون بهم، ويعذبونهم أشد العذاب وأنكاه، كما هو مبسوط فى كتب السير والتواريخ، ويتخذونهم سخرة وسخرية؟ كلا.

إنا لو طالبنا الإسلام بذلك لكنا قد ظلمناه ظلمًا كبيرًا، وهضمنا حقه كدين جاء ليثبت كلمة الله فى الأرض، حتى تعلو على ما عداها من كلمات، وليحق الحق، ويبطل الباطل.

ولكان فى ذلك إجحاف بأهله، وأنصاره؛ حيث نعرضهم لإذاء أعدائهم، وإذلالهم لهم، ونطلب منهم فى نفس الوقت ألا يردوا الأذى عن أنفسهم فنكون قد حرمناهم من أبسط قواعد العدالة.

ثم هل كان الإسلام فى موقف بحيث لو نادى بتحريم الرق يستجيب له أعداؤه؟

من المؤكد أنهم كانوا سيقابلون هذه الدعوة بالسخرية والاستهزاء وبالغطرسة والاستعلاء، ويتخذون منها دليلًا على ضعف الإسلام، واستخذاء أتباعه، ومن ثم يجرءون عليهم أكثر من ذى قبل.

والإسلام وقد جاء لينشر دينًا جديدًا فى الأرض، به ينقذ الناس من براثن الظلم والجبروت إلى ساحة العدالة والأخوة، ومن ظلمات الفوضى والجهالة والضلالة إلى سياج النظام ونور الحق والعلم واليقين، ومن عبادة القوة والأوثان إلى عبادة الله الواحد الديان، إنما جاء ليدعو إلى ذلك بالحكمة والموعظة الحسنة، قال تعالى:

﴿ٱدۡعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلۡحِكۡمَةِ وَٱلۡمَوۡعِظَةِ ٱلۡحَسَنَةِۖ﴾ [النحل: ١٢٥].

ولكن القوم تألبوا وألبوا عليه، وأشعلوا عليه الجزيرة نارًا تلظى، فلم يكن بد وقد أغلقوا دون الحق آذانهم وقلوبهم، ولجوا فى الباطل وغرقوا فيه إلى أذقانهم - من أن يقابل عدوانهم بعدوان مثله جزاء وفاقًا ﴿وَقَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمۡ﴾ [البقرة: ١٩٠]، ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمۡ ظُلِمُواْۚ﴾ [الحج: ٣٩] وما دامت الحرب قد فرضت على الإسلام كحل لا بد منه لمجابهة الأعداء، فلتكن هى الحرب بكل ما تحمل من آثار وتبعات.

ومن خلال هذا العرض التاريخى يتبين لنا جليًا أن الإسلام كان مضطرًا إلى الإبقاء على الرق، إن كان يريد لنفسه البقاء ليؤدى رسالته - التى هى نور ورحمة للعالمين - على الوجه الأكمل، وكما تقضى بذلك طبائع الأشياء وسنن الوجود.

معاملة الإسلام للأرقاء

نعم يحق لنا أن نطالب الإسلام - بوصفه دينًا قيمًا أنزل للناس رحمة وهدى، ووصفه رسوله ﷺ بأنه شريعة سمحة، ليلها كنهارها - بأن يكون أكثر اعتدالًا مع الأرقاء، وأحنى عليهم، وأبر بهم، بوصفهم إنسانيين قبل كل شىء، وبأنهم وقد أصبحوا تحت رحمته مغلوبين لا حول لهم ولا قوة لا ينبغى لأتباعه - وهم خير أمة أخرجت للناس - أن يعاملوا هؤلاء الضعفاء تحت أيديهم بما يعامل أعداؤهم الأسرى منهم لا سيما والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۚ﴾ [فاطر: ١٨] فماذا كان موقف الإسلام من هذه الطائفة؟

كان موقفه بلا شك إيجابيًا، ومتسمًا بالعدالة والإنصاف، بل وبالرحمة والإشفاق، شهد بذلك أعداؤه قبل أتباعه، والتاريخ حافل وطافح بحسن معاملة المسلمين لمن تحت أيديهم من الأرقاء، لا سيما مسلمو العصر الأول، والإسلام غض نقى لم يشبه دخيل، ولم تفسد طبائع أهله مغريات الترف، وانزلاقات حب التقليد.

ويتبين لنا ذلك بوضوح من المواقف الآتية للإسلام تجاه الرق والأرقاء:

أولًا: أمر الإسلام السيد بأن يعامل عبده بما يعامل به نفسه، وألا يثقل عليه فيكلفه من العمل ما لا يطيق. فإن هو فعل فليعاونه، روى البخارى من حديث فى الرفق بالرقيق: «هُمْ إِخْوَانُكم جَعَلَهُم اللهُ تَحْتَ أَيْدِيكُم، فَمَنْ جَعَلَ اللهُ أَخَاهُ تَحْتَ

يَدِه فَلْيُطْعِمْه مِمَّا يَأْكُل، وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ، ولَا يُكَلفْه مِنَ العَمَلِ مَا يَغْلِبُه، فَإِنْ كَلَّفَه مَا يَغْلِبُه فَلْيُعِنْه عَلَيْهِ»[1].

والمهم فى الحديث هو علة هذه الأوامر التى أمر بها حيث جعل الرقيق أخًا للسيد، وأن الله تعالى إذ مكنه من أخيه وجعله تحت يده، فإن الواجب يقضى عليه ببره والإحسان إليه.

بل عليه أن يرفع معنويته حتى يلحقه بنفسه بالمشاركة فى طعامه وكسوته؛ فإن الأخوة لم تزل عنه بالتمكين منه، والمراد طبعًا الأخوة فى الإنسانية؛ لأن الرق - فى الأصل - منشؤه الكفر.

ثانيًا: حث الإسلام على الإعتاق، وندب المسلمين إليه، ويسر سبيله بكل طريق، يقول الرسول ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُسْلِمَةً أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْوًا مِنَ النَّارِ»[2].

يقول الشوكانى: (ولا خلاف أن معتق الرقبة الكافرة مثاب على العتق، ولكنه ليس كثواب الرقبة المؤمنة).

قلت - أى: شيخنا: محمد عبدالرحمن مندور -: ويدل عليه الحديث الآنف الذكر بفحواه، حيث إن المراد منه إكرام الرقيق، والرفق به ولا إكرام أعظم من إعتاقه، وقد علمنا أن المراد من الرقيق فيه أعم من أن يكون مسلمًا أو كافرًا.

يوضح ذلك ويجليه حديث حكيم بن حزام قال: «قلتُ: يا رسولَ الله، أرأَيتَ أُمُورًا كُنْتُ أَتَحنثُ بها فى الجَّاهِلِيةِ مِنْ صَدَقةٍ وعِتَاقٍ وصِلةِ رَحِمٍ، هَلْ لِى فِيهَا مِنْ أَجْرٍ؟ قالَ: أَسْلَمتَ عَلَى مَا سَلفَ لَكَ مِنَ خَيْرٍ»[3]، حيث أثبت الأجر للكافر إذا ما

---

(١) أخرجه البخارى (١/ ١١٨ - ١١٩) كتاب الإيمان، باب المعاصى من أمر الجاهلية (٣٠) وطرفاه فى (٢٥٤٥، ٦٠٥٠) ومسلم (٣/ ١٢٨٢) كتاب الأيمان، باب إطعام المملوك مما ياكل وإلباسه مما يلبس (٣٨/ ١٦٦١) وأحمد (٥/ ١٥٨و١٦١) وأبو داود (٢/ ٧٦٣) كتاب الأدب، باب فى حق المملوك (٥١٥٧)، (٥١٥٨) والترمذى ٣/ ٤٩٨ أبواب البر والصلة، باب ما جاء فى الإحسان إلى الخدم (١٩٤٥)، وابن ماجه ٥/ ٢٧٠ كتاب الأدب، باب الإحسان إلى المماليك (٣٦٩٠) والطحاوى فى شرح المعانى (٤/ ٣٥٦) والبيهقى (٨/ ٧) من حديث أبى ذر الغفارى .

(٢) تقدم .

(٣) تقدم .

أسلم وقد صدر منه فى الكفر إعتاق العبد الكافر، وذلك بطريق الأثر الرجعى؛ فلأن يثبت له هذا الأجر وهو مسلم أولى وأجدر.

ثالثًا: حكم الإسلام بحرية العبد إذا ما مثل به سيده، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو: أن زنباعًا أَبَا رَوْحٍ وجدَ غلامًا له مع جاريةٍ له فَجَدَعَ أَنْفَهُ وجَبَّه، فَأَتَى النَّبِي ﷺ فقالَ: «مَنْ فَعَلَ بِكَ هذَا؟ قال: زِنْبَاع، فدَعَاه النبيُّ ﷺ فقال: ما حَمَلَكَ على هذا؟ فقال: كَانَ مِنْ أَمْرِه كَذا وكَذا، فقال رسولُ اللهِ ﷺ: اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ» فقال: يا رسولَ اللهِ فَمَوْلَى مَنْ أَنَا؟ فقال: «مَوْلَى اللهِ وَرَسُولِه»[1]، وأوصى به المسلمين. . الحديث.

وظاهر الحديث أن الرسول ﷺ لم يعتقه على سيده، بل أفتى بحريته بحكم الإسلام؛ ولذا كان مولى الله ورسوله.

فإن لطمه أو ضربه على غير جهة التأديب أو التعليم، فهو آثم إثمًا كبيرًا لا توبة منه إلا بإعتاقه، روى ابن عمر عن الرسول ﷺ قال: «مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَه أَوْ ضَرَبَه فَكَفَّارَتُه عِتْقُه»[2].

رابعًا: إذا استولد السيد أمته كانت مرصدة للحرية عن دبر من حياته، ويكون عتقها حينئذ من رأس المال؛ فلا يجوز نقل ملكها ببيع ولا هبة ولا وصية ولا انتقاله بإرث.

يدل لذلك ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى مارية سريته لما ولدت إبراهيم: «أَعْتَقَها وَلَدُها»[3].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (١٧٩٣٢) وأحمد (٢/ ١٨٢و٢٢٥) وأبو داود (٤٥١٩) وابن ماجه (٢٦٨٠) والبيهقى (٨/ ٣٦) وله شاهد من حديث زنباع أنه قدم على النبى ﷺ وقد أخصى غلامًا له فأعتقه النبى ﷺ بالمثلة، أخرجه ابن ماجه (٢٦٧٩).

قال البوصيرى فى الزوائد ٢/ ٣٥٢:

ليس لزنباع عند ابن ماجه سوى هذا الحديث، وليس له رواية فى شىء من الخمسة الأصول، وإسناد حديثه ضعيف؛ لضعف إسحاق بن أبى فروة.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧٨) كتاب الأيمان، باب صحبة المماليك (٢٩/ ١٦٥٧) والبخارى فى الأدب المفرد (١٨٠)، وأبو داود (٢/ ٧٦٤) كتاب الأدب، باب فى حق المملوك (٥١٦٨).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٤/ ١٤١ - ١٤٢) كتاب العتق، باب أمهات الأولاد (٢٥١٦) وابن سعد فى الطبقات (٨/ ٢١٥) والبيهقى (١٠/ ٣٤٦) عن ابن عباس.

وفى إسناده الحسين بن عبد الله، ضعيف جدًا، قاله الحافظ فى التلخيص ٤/ ٤٠١ .

وحديث ابن عباس - رضى الله عنهما - عن النبى ﷺ أنه قال: «أَيُّما امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهَا حُرَّةٌ إِذا مَاتَ»[1].

والحديثان وإن كان فيهما مقال فقد تأيد العمل بهما فى عهد عمر - رضى الله عنه - ووافقه جمهور الصحابة.

على أن حسن الخلق وجميل المعاشرة قاضيان بذلك؛ إذ لا يليق بالرجل أن يبيع أم ولده، ولا يرضى بأن تورث من بعده؛ لأن فيه قطيعة رحمه، وإيذاء ولده من صلبه، والرسول ﷺ يقول: «بُعِثْتُ لأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الأَخْلَاقِ»[2].

خامسًا: جعل الشارع العتق من لوازم التوبة من كثير المعاصى المؤثمة والكبائر الموبقة؛ كقتل النفس التى حرم الله قتلها ولو على سبيل الخطأ، وظهار الرجل من امرأته، والإفطار عمدًا بغير عذر شرعى فى نهار رمضان ممن وجب عليه صومه، والحنث فى الأيمان، وعدم الوفاء بالنذر.

سادسًا: العتق مصرف من مصارف الزكاة فى الإسلام، اقرءوا إن شئتم قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ [التوبة: ٦٠].

والمراد من الرقاب فى الآية الكريمة فكاك الأسارى من المسلمين، ومن أهل الذمة ممن يحاربون معهم، وتحرير الأرقاء من ذل العبودية ببذل فدائهم أو شرائهم من أسيادهم بقصد إعتاقهم.

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٠٣ و ٣١٧ و ٣٢٠) وابن ماجه (٢٥١٥) والدارقطنى (٤/ ١٣٠ - ١٣٣) والحاكم (٢/ ١٩) والبيهقى (١٠/ ٣٤٦) بلفظ:
«أيما رجل ولدت أمته منه معتقة عن دبر منه».
وأخرجه الدارقطنى (٤/ ١٣١)، والبيهقى (١٠/ ٣٤٦) عن ابن عباس بلفظ: «أم الولد حرة وإن كان سقطًا»، والصحيح أنه من قول عمر، قاله الحافظ فى التلخيص (٤/ ٤٠١).

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ بلاغًا ٢/ ٩٠٤ كتاب حسن الخلق، باب ما جاء فى حسن الخلق (٨) والبغوى فى شرح السنة (٧/ ٢٩) واللفظ له، وأخرجه البخارى فى الأدب المفرد (٢٧٣) وأحمد (٢/ ٣١٨) وابن سعد فى الطبقات (١/ ١٩٢) والحاكم (٢/ ٦١٣) والبيهقى فى السنن الكبرى (١٠/ ١٩٢) من حديث أبى هريرة بلفظ: «إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق» وفى رواية: «مكارم».
وحسنه الألبانى فى السلسلة الصحيحة (٤٥).

وهناك كثير غير ما ذكرت من مواقف الإسلام المشرفة تجاه الرق والرقيق لو أنا استقصيتها، لاستوعب منى ذلك مؤلفًا ضخمًا لا بحثًا يلقى فى ساعة أو ساعتين.

ويكفى الإسلام مجدًا ونبلًا أنه حرم على السيد أو كره له أن يقول للرقيق الذى تحت يده: عبدى أو أمتى، وليقل بدلًا من ذلك: فتاى أو فتاتى، تمامًا كما ينادى أولاده أو أصدقاءه وأحبابه.

وأن الرسول ﷺ لما حرر مولاه زيد بن حارثة تبناه ودعاه ابنًا له، حتى أبطل الإسلام التبنى، ومع هذا بقيت علاقته به كعلاقة الأب بابنه، وكان ابنه أسامة بمنزلة حفيده ﷺ.

علام يدل هذا كله أيها السادة؟

يدل على أن الإسلام حينما أبقى على الرق أبقى عليه وهو له كاره، دعته إلى ذلك مصلحة وقتية، وملابسات عصرية، ومعاملة لأعدائه بالمثل؛ إذ لم يكن أمامه وسيلة تمكنه من تحريمه والإجهاز عليه، أو من تغيير ما هو قائم منه بالفعل، اللهم إلا أن يهذبه أو يشذ به وقد فعل.

ولتجلية هذا الأمر وتأكيده نقول:

لو لم يكن الإسلام - وقد أبقى على الرق - أبقى عليه كارهًا له ومضطرًا إليه بدافع الحاجة التى دعت إليها الظروف والملابسات الوقتية، لكان الإبقاء عليه حينئذ تشريعًا على سبيل التوسعة على المسلمين والترفيه عليهم، كالشأن عند الأمم المعاصرة للإسلام والسابقة عليه.

ولا يعقل من الإسلام وقد شرع لأتباعه الرق على سبيل التوسعة عليهم أن يطالبهم فى نفس الوقت بالتخلص منه بكل سبيل شرعها، وحض عليها جملة وتفصيلا؛ لأنه حينئذ موقف يتسم بالتناقض، ويسلب بيد ما يعطيه باليد الأخرى.

وإذًا فقد كان تشريع الرق فى الإسلام - إن صح هذا التعبير - تشريع ضرورة ملحة فرضتها ملابسات العصر، وما شرع للضرورة يتقدر بقدرها، كما يقول رجال الفقه والقانون.

ومراعاة لهذه القاعدة رد الإسلام على الأرقاء كثيرًا من آدميتهم، ومنحهم الكثير من الكرامات التى كانوا لا يحلمون بها، والتى كانت تعد طفرة فى التشريع الخاص بهم فى ذلك الوقت.

وقد دعاهم هذا التساهل معهم من جانب الإسلام والمسلمين إلى دخول كثير منهم فيه، وتفضيل آسريهم على أقوامهم، بل ومحاربتهم إياهم فى صفوف المسلمين.

ثم كان منهم بعد أن تحرروا الولاة، وقائدو الجيوش، والعلماء، ورواد النهضة الإسلامية، والمفتون، والقضاة، وأصحاب المناصب المرموقة فى المجتمع الإسلامى.

ومع هذا لم يحاول أحد من أحرار المسلمين أن يعيرهم بأصولهم، أو يذهب بهم عن مكان الصدارة والقيادة، أو يغمطهم حقوقهم، أو يحول بينهم وبين ما يتطلعون إليه؛ لأن الإسلام قد سوى بينهم جميعًا، فلا فضل لعربى على أعجمى، ولا لأبيض على أسود، ولا لحر على مولى، الكل أمام الإسلام سواء كأسنان المشط.

أين هذا الموقف النبيل من الإسلام والمسلمين تجاه الرقيق من مواقف غيرهم من الأمم الغابرة التى كانت تعتبر الرقيق لاصقًا بالأرض، وتابعًا من توابعها كالماشية التى تحرثها؟

بل أين منه موقف كثير من الأمم المعاصرة، والتى تدعى السبق فى مضمار التقدم والمدنية تجاه الملونين؛ حيث يعتبرونهم رجالًا لا تجوز مخالطتهم مع أنهم أحرار مثلهم؟

وما دام الإسلام قد أبقى على الرق كرها بحكم الضرورة، والضرورة تتقدر بقدرها - فإنه لا حاجة بالإسلام حينئذ تلجئه إلى قتل الأسارى من الكفار؛ لأن أذاهم قد اندفع بقهرنا لهم وغلبتنا عليهم.

فإن خيف من إطلاق سراحهم أن يعودوا حربًا علينا، فإن هذا الخوف يندفع بضرب الرق عليهم، فيظلون تحت أيدينا مقهورين مراقبين.

فأما قتلهم فهو غير جائز - فى رأينا - حتى ولو قتل الأعداء أسرانا؛ عملًا بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ [الإسراء: ١٥].

يؤيد هذا ويؤكده قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ﴾ [محمد: ٤] حيث لم تتعرض الآية - وهى بصدد بيان حكم الأسرى من الكفار - إلا للمن عليهم أو الفداء؛ فيكون قتلهم حينئذ زيادة بلا دليل وهو غير جائز.

وأما استرقاقهم فقد ثبت عن النبى ﷺ قولًا وعملًا، وكذلك عن أصحابه من بعده.

وعلى ذلك فهو زيادة حكم مسكوت عنه بدليله، وهو جائز عند جميع الفقهاء إذا كان دليله متواترًا أو مشهورًا، كما هو الحال فى مسألتنا هذه.

اعتراض:

وهنا قد يقفز إلى الذهن سؤال يقول:

وكذلك قد ثبت عن النبى ﷺ أنه قتل بعض الأسرى من الكفار؛ كالنضر بن الحارث، وعقبة بن أبى معيط، والمقاتلة من بنى قريظة - ثبوتًا لا مجال للشك فيه؛ فيكون القتل حينئذ من قبيل الزيادة بدليل، وهذا يهدم ما ذهبنا إليه من أن قتل الأسارى لا يجوز، بل وينقض جميع ما أوردناه من عطف الإسلام على الأرقاء والإيصاء بتحريرهم والبر بهم.

والواقع أن قتل الأسارى محل خلاف كبير بين العلماء والجمهور، على أن قتلهم جائز إذا رأى الإمام المصلحة فيه لأدلة أوردوها.

وقبل الإجابة على هذا السؤال نذكر رأى الفقهاء والمفسرين مقتصرين على اثنين من كل منهما.

فالفقيهان: ابن رشد المالكى، وابن قدامة الحنبلى.

والمفسران: ابن العربى، والقرطبى.

فأما ابن رشد فيقول فى بداية المجتهد من كتاب الجهاد:

(فأما النكاية التى هى الاستعباد، فهى جائزة بطريق الإجماع فى جميع أنواع المشركين، أعنى ذكرانهم وإناثهم، شيوخهم، وصبيانهم، صغارهم وكبارهم، إلا الرهبان فإن قومًا رأوا أن يتركوا ولا يؤسروا، بل يتركون دون أن يعرض لهم، لا بقتل ولا باستعباد؛ لقول رسول الله ﷺ: «فَذَرُوهُم وَمَا حَبَسُوا أَنْفُسَهُم لَه»[1] واتباعًا لفعل أبى بكر.

وأكثر العلماء على أن الإمام مخير فى الأسارى فى خصال:

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (١/٤٤٧ - ٤٤٨) كتاب الجهاد، باب النهى عن قتل النساء والولدان (١٠) عن أبى بكر الصديق موقوفًا فى سياق مطول .

منها: أن يمن عليهم.

ومنها: أن يستعبدهم.

ومنها: أن يقتلهم.

ومنها: أن يأخذ منهم الفداء.

ومنها: أن يضرب عليه الجزية.

وهذا الأخير إنما هو فى أهل الكتاب ومن لهم شبهة كتاب خاصة.

ثم قال - أى: ابن رشد -: وقال قوم: لا يجوز قتل الأسير، وحكى الحسن بن محمد التميمى أنه إجماع الصحابة.

وقال ابن رشد أيضًا: وحكى أبو عبيد أن الرسول ﷺ لم يستعبد أحرار ذكور العرب.

وأما ابن قدامة فيقول فى كتابه - المغنى - فى الجزء التاسع من كتاب الجهاد: وإذا سبى الإمام فهو مخير: إن رأى قتلهم، وإن رأى مَنَّ عليهم، وأطلقهم بلا عوض، وإن رأى أطلقهم على مال يأخذه منهم، وإن رأى فادى بهم، وإن رأى استرقهم، أى ذلك رأى فيه نكاية للعدو، وحظًا للمسلمين فعل، وهذا بالنسبة لأهل الكتاب ومن فى حكمهم ممن يقرون بالجزية.

وأما بالنسبة لعبدة الأوثان فيقول فيهم ابن قدامة:

إن الإمام مخير فيهم بين ثلاثة أشياء: القتل، والمن، والفداء، ولا يجوز استرقاقهم، ويقول: وهو مذهب الشافعى، بينما الراجح فى مذهب الشافعى جواز استرقاقهم.

ثم يقول مستطردًا: وقال أصحاب الرأى - يعنى: الحنفية - إن شاء ضرب أعناقهم، وإن شاء استرقهم لا غير، ولا يجوز مَنٌّ ولا فداء؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] بعد قوله: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، وكان عمر بن عبدالعزيز، وعياض بن عقبة يقتلان الأسارى.

وأما ابن العربى فيقول فى تفسير قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ [محمد: ٤].

المسألة الثانية: قوله: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [محمد: ٨] فيها قولان:

أحدهما: أنهم المشركون؛ قاله ابن عباس.

والثانى: كل من لا عهد له ولا ذمة، وهو الصحيح؛ لعموم الآية فيه.

ثم يقول فى المسألة الثامنة: وقال أبو حنيفة: إنما لهم القتل والاسترقاق، ويعنى بذلك المشركين لا أهل الكتاب، والآية منسوخة عنده والناسخ لها قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا تَثْقَفَنَّهُمْ فِي ٱلْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِم مَّنْ خَلْفَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَذَّكَّرُونَ﴾ [الأنفال: ٥٧]، وقوله تعالى - أيضًا -: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

ثم يستطرد ابن العربى رادًّا على أبى حنيفة:

والصحيح إحكامها؛ فإن شروط النسخ معدومة فيها من المعارضة، وتحصيل المتقدم من المتأخر.

وفى بيان عدم المعارضة يقول: لأن التشريد قد يكون بالمن والفداء والقتل؛ فإن طوق المن يثقل أعناق الرجال، ويذهب بنفاسة نفوسهم، والفداء يجحف بأموالهم، ولم يزل العباس تحت ثقل فداء بدر حتى أدى عنه رسول الله ﷺ، هذا بالنسبة للآية الأولى.

وفى بيان عدم المعارضة فى الآية الثانية يقول: إنه تعالى قال بعد ذلك: ﴿وَخُذُوهُمْ وَٱحْصُرُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] فأمر بالأخذ كما أمر بالقتل، كذا.

وأما القرطبى فيقول فى تفسير نفس الآية فى الجزء السادس عشر من تفسيره المشهور (الجامع لأحكام القرآن): المسألة الثالثة: اختلف العلماء فى تأويل هذه الآية على خمسة أقوال:

الأول: أنها منسوخة، وهى فى أهل الأوثان لا يجوز أن يفادوا ولا يمن عليهم، والناسخ لها عندهم قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وقوله تعالى: ﴿فَإِمَّا تَثْقَفَنَّهُمْ فِي ٱلْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِم مَّنْ خَلْفَهُمْ﴾ [الأنفال: ٥٧]، وقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾ [التوبة: ٣٦].

الثانى: إنها فى الكفار جميعًا، وهى منسوخة على قول جماعة من العلماء وأهل النظر؛ قالوا: إذا أسر المشرك لم يجز أن يمن عليه، ولا أن يفادى به فيرد إلى المشركين، والناسخ لها قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

الثالث: أنها ناسخة قاله الضحاك وغيره، روى الثورى عن جبير عن الضحاك ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾.

قال: نسخها: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤] وقال ابن المبارك عن ابن

جريج عن عطاء ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ فلا يقتل المشرك، ولكن يمن عليه، ويفادى.

وكان الحسن يكره أن يقتل الأسير ويتلو: ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾، وزعم أنه ليس للإمام إذا حصل الأسير فى يديه أن يقتله، ولكنه بالخيار فى ثلاثة منازل: إما أن يمن، أو يفادى، أو يسترق.

الرابع: قول سعيد بن جبير: لا يكون فداء ولا أسر إلا بعد الإثخان والقتل بالسيف؛ لقوله تعالى: ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾ [الأنفال: ٦٧]، فإذا أسر بعد ذلك، فللإمام أن يحكم بما يراه من قتل وغيره.

الخامس: أن الآية محكمة والإمام مخير فى كل حال، وهو قول كثير من العلماء، وهو مذهب مالك والشافعى والثورى والأوزاعى وأبى عبيد وغيرهم، وهو الاختيار؛ لأن النبى ﷺ والخلفاء الراشدين فعلوا كل ذلك.

قتل النبى ﷺ عقبة بن أبى معيط والنضر بن الحارث يوم بدر صبرًا[١]، وفادى أسارى بدر[٢]، ومن على ثمامة بن أثال الحنفى وهو أسير فى يده[٣]، وأخذ من سلمة بن الأكوع جارية، ففدى بها أناسًا من المسلمين[٤]، ومن على سبى هوازن[٥].

قال النحاس: وهذا على أن الآيتين محكمتان معمول بهما وهو قول حسن؛ لأن النسخ إنما يكون لشىء قاطع، فإذا أمكن العمل بالآيتين فلا معنى للقول بالنسخ؛ إذ كان يجوز أن تكلف بقتال الكفار إذا لقيناهم، فإذا كان الأسر جاز القتل والاسترقاق والمفاداة والمن على ما فيه الصلاح للمسلمين.

ثم يقول: وحكاه الطحاوى مذهبًا عن أبى حنيفة والمشهور عنه ما قدمناه، انتهى كلام القرطبى بتلخيص وتحديد يسير.

---

(١) ينظر السيرة لابن إسحاق.

(٢) ينظر سنن أبى داود (٢/ ٦٨) كتاب الجهاد باب فى فداء الأسير بالمال (٢٦٩٠) و (٢٦٩١).

(٣) ينظر صحيح مسلم ٣/ ١٣٨٦ كتاب الجهاد السير، باب ربط الأسير (٥٩/ ١٧٦٤).

(٤) ينظر صحيح مسلم (٣/ ١٣٧٥ - ١٣٧٦) كتاب الجهاد السير باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى (٤٦/ ١٧٥٥).

(٥) ينظر صحيح البخارى (٥/ ٤٧٥ - ٤٧٦) كتاب العتق، باب من ملك من العرب رقيقًا فوهب وباع (٢٥٣٩و ٢٥٤٠) (٢/ ٦٨ - ٦٩) كتاب الجهاد، باب فى فداء الأسير (٢٦٩٣).

ومن هذا العرض لآراء الفقهاء والمفسرين نخرج بالنتائج الآتية:

أولًا: أن قتل الأسير ليس مجمعًا عليه عند الفقهاء؛ لأن جماعة منهم ذهبوا إلى عدم جوازه مطلقًا، بل وحكوا إجماع الصحابة على ذلك، كما سبقت الإشارة إليه.

ولعلهم رأوا أن قوله - تعالى -: ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ ناسخ لما فعله الرسول ﷺ فى أسرى يوم بدر، كما لم يروا تعارضًا بين هذه الآية وبين الآيات الأخرى الآمرة بالقتال؛ كقوله تعالى: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥]، فإن الأولى فى الأسرى، والثانية فى القتال.

ثانيًا: استرقاق الأسرى جائز عند جميع العلماء فى الكتابيين والوثنيين على السواء، إلا الحنابلة فإنهم لا يجوزونه فى الوثنيين؛ لأن الأمر بقتل المشركين حيثما وجدوا يستوى الحال فيه بين القدرة عليهم أثناء القتال وبعده.

ولعلهم يرون - أيضًا - أنهم رجس لا يجوز للمسلمين أن يخالطوهم، بل يجب التخلص منهم بالقتل أو بالمن والمفاداة؛ عملًا فى الأول بقوله تعالى: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ ﷺ، وفى الثانى بقوله: ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ [محمد: ٤]، وذهبوا إلى أن هاتين الآيتين فى الوثنيين خاصة.

وهناك رأى لبعض العلماء بعدم جواز استرقاق أحرار ذكور العرب، مستدلًا بأن الرسول ﷺ لم يفعله على كثرة غزواته فيهم، وسيأتى فيما بعد إلقاء الضوء على هذه النقطة.

ثالثًا: المن والفداء جائزان فى جميع الأسرى، سواء كانوا كتابيين أو وثنيين إلا ما يحكى عن الحنفية من اختصاصهما بأهل الكتاب: جاز إقرارهم بالجزية، فجاز إطلاقهم بالمن أو الفداء.

وأما غيرهم: فلما لم يجز إقرارهم، لم يجز أن يطلق سراحهم.

رابعًا: هناك طوائف اتفق العلماء على عدم جواز قتالهم أو أسرهم: وهم الرهبان والأحبار فى بيعهم وصوامعهم، ويلحق بهم الفلاحون الذين يعملون فى حقولهم دون أن يحملوا سلاحًا فى وجه المسلمين.

خامسًا: أن إمام المسلمين ليس له حرية التصرف فى الأسرى بحسب الهوى والغرض، بل يتعين عليه أن يفعل ما فيه الأحظ للمسلمين.

هذه هى النتائج التى تستخلص من آراء العلماء فى هذا المجال.

ومن هذا يظهر أن الإمام إذا رأى المصلحة فى قتل الأسير تعين عليه قتله؛ هذا رأى الجمهور.

وقليل منهم من رأى جواز قتله قبل الإثخان فى الكفار، وأما بعده فلا، وهو الذى اختاره ابن العربى، وأقل من هؤلاء من رأى عدم جواز قتل الأسير بإطلاق كتابيًّا كان أو وثنيًّا، قبل الإثخان فى الكفار أو بعد الإثخان فيهم.

رأينا فى الأسير:

والذى نراه ونذهب إليه أن الأسير إن كان من مشعلى نار الحرب ضد المسلمين، أو من الذين يؤلبون أهل الكفر عليهم، أو من أصحاب النكاية فيهم والتعرض لإيذائهم، ويخشى لو أطلق سراحه أو أبقى عليه ألا يؤمن شره - جاز قتله.

وكذا الحكم فيما لو نقض عهدًا بينه وبين المسلمين وغدر بهم، وأعان أهل الكفر عليهم.

ومن هذا قتل النبى ﷺ النضر بن الحارث، وعقبة بن أبى معيط يوم بدر صبرًا[(١)].

وقتله للمقاتلة من بنى قريظة حين ظفر بهم؛ حيث نقضوا العهد الذى بينهم وبين الرسول ﷺ وأعانوا قريشًا عليه فى حرب كان المقصود منها استئصال المسلمين وإطفاء نور الله.

والقانون الدولى المعاصر يجيز قتل الأسير فى مثل هذه الحالات بعد محاكمة عادلة، وغير بعيد عن أذهاننا محاكمة النازيين بعد هزيمتهم فى الحرب العالمية الثانية.

وإن كان من غير هؤلاء لم يجز قتله وثنيًا كان أو كتابيًا؛ لقوله - تعالى - ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾؛ إذ هى قسمة حاصرة للترديد فيها بإما.

وهذا هو الحكم الأصلى فيهم، وهو باق على الدوام، إلا إن كان من مشركى الجزيرة العربية، وعرض عليه الإسلام فأبى، على ما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

وأما الاسترقاق: فتشريع ضرورة تراعى فيه المماثلة والمصلحة الوقتية.

وأما القتل بقصد النكاية فى العدو وإضعاف شوكته، فلا يجوز؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ [فاطر: ١٤] والقرآن لم يتعرض له على الإطلاق مع

---

(١) تقدم.

الحاجة إلى بيانه لو كان جائزًا على العموم.

هذا هو رأينا فى قتل الأسير واسترقاقه، وهذه هى أدلتنا باختصار على هذا الرأى.

ونحن لكى نثبت هذا الرأى، ونقره فى قراره حتى يتقبله القارئ وهو عنه راض - نعرض لآراء غيرنا مع أدلتها التى سيقت لتأييدها، ثم نكر عليها بالتفنيد بعد المناقشة الهادفة، ونذكر أولًا رأى القائلين بجواز قتل الأسير بإطلاق، ثم نثنى برأى القائلين بجواز استرقاقه فى كل حال.

ولا نتعرض للتفاصيل فإنها لا تعنينا فى هذا المقام.

وتوفية لحق البحث نذكر ثالثًا المن على الأسرى وفداءهم.

القائلون بالقتل:

ونقصد بهم القائلين بجواز قتل الأسير بقصد النكاية فى العدو ولو لم يكن من مجرمى الحرب ومشعلى نارها، وسواء كان ذلك قبل الإثخان فى الأرض أو بعده، ولهم على ما ذهبوا إليه أدلة من الكتاب والسنة.

وسنعرض أدلتهم بأمانة وصدق، وبلا حيف وإجحاف، بل وسندعمها بما يعضدها مما لم يخطر لهم على بال، ثم نناقشها بعد ذلك فى هدوء وتؤدة جاعلين نصب أعيننا الوصول إلى الحقيقة، والتمسك بالحق بعد ظهوره، والدفاع عنه بكل ما نملك من حول وقوة، والله المستعان.

فأما أدلتهم من الكتاب فنجملها فيما يلى:

أولًا: قال الله - تعالى -: ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِى ٱلْأَرْضِ ۚ تُرِيدُونَ عَرَضَ ٱلدُّنْيَا وَٱللَّهُ يُرِيدُ ٱلْـَٔاخِرَةَ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [الأنفال: ٦٧].

نزلت هذه الآية من سورة الأنفال فى شأن الأسرى من الكفار فى غزوة بدر.. استشار فيهم الرسول ﷺ أصحابه، فأشار أبو بكر بأخذ الفداء منهم وإطلاق سراحهم، وأشار عمر بقتلهم؛ فإنهم صناديد أهل الكفر وأئمتهم، فأخذ الرسول ﷺ بقول أبى بكر، رضى الله عنه.

يقولون: نزلت الآية عتابًا للرسول ﷺ وللمؤمنين على أخذهم الفداء من الأسرى، وقد كان أليق بهم وأجدر أن يقتلوهم ويستأصلوا شأفتهم إضعافًا للكفر وأهله، وإعلاء لدين الله ونفاذ كلمته، ولكنهم آثروا العاجلة على الآجلة، وحب

الدنيا على حب الآخرة فاستحقوا هذا العتاب المرير[١].

ولنا على ما ذهبوا إليه من تفسيرهم للآية الكريمة، وتأويلها على غير متأولها لتصلح دليلًا لهم على مذهبهم - اعتراضات ومناقشات هادئة هادفة.

هذه الآية إنما تصلح دليلًا لمن رأى القتل قبل الإثخان فى العدو لا بعد الإثخان فيه؛ إذ مفاد الآية أن اللوم ينتفى عنهم إذا اتخذوا الأسرى بعد الإثخان وأبقوا على حياتهم.

وسيظهر عما قريب، أن لا لوم ولا تثريب، لا على النبى ولا على المؤمنين، فى أخذهم الفداء مقابل إطلاق السراح.

للإثخان فى اللغة معنيان: أحدهما كثرة القتل أو الجراح، يقال: أثخن فى العدو أى بالغ فى قتلهم وجراحهم، وثانيهما: التمكن فى الأرض بعلو السلطان ونفاذ الكلمة.

والمعنيان متقاربان، وثانيهما هو الأليق بمعنى الآية؛ لأن المقصود من الإثخان إنما هو التمكين لدين الله فى الأرض حتى يعلو على الشرك وأهله، وقد يكون ذلك بكثرة القتل وغيره. كما قد تكون تلك الكثرة ولا استعلاء فى الأرض بعد، يؤيد هذا ويجليه معنى المادة، يقال ثخن اللبن أى غلظ وصلب، وهو إذا ما غلظ ثبت فى مكانه وتمكن منه بعد أن كان مائعًا رجراجًا.

ليس فى الآية عتاب موجه إلى الرسول ﷺ لا من قريب ولا من بعيد.

وإنما العتاب فيها موجه إلى خصوص المؤمنين الذين حضروا موقعة بدر بدليل قوله - تعالى -: تريدون عرض الدنيا، إذ الخطاب فيها باللوم موجه إليهم؛ ولأنه لا يعقل أن يكون غرض الرسول من أخذ الفداء هو الإقبال على الدنيا ونسيان الآخرة.

وأما قوله - تعالى -: ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي ٱلْأَرْضِ ﴾ فهو لتقرير قاعدة عامة ممهدة لما يأتى بعدها من الملامة والعتاب، ومبينة فى الوقت نفسه أن أمر الأسرى موكول إلى الرسول ﷺ، فهو وحده المتصرف فى شئونهم. وعلى هذا فما كان ينبغى لهم أن يتخذوا الأسرى قبل أن يثخن فى الأرض أمره؛ لأنه صاحب الأمر والنهى فيهم.

---

(١) تقدم.

٤ - ومع أن الآية - كما بينا - عتاب للمؤمنين الذين حضروا الموقعة فليس ذلك من أجل أخذهم الفداء من الأسرى، بل من أجل التقاطهم من أرض المعركة، والمحافظة على حياتهم طمعًا فى فدائهم.

فإنهم لما عاينوا هزيمة المشركين وفرارهم طالبين النجاة بأنفسهم، لم يتبعوهم ويعملوا فيهم السيف حتى تكون هزيمتهم ساحقة، وقد كان ذلك فى إمكانهم لو أرادوا.

وإنما أقبلوا على الأموال يجمعونها، وعلى من بقى فى أرض المعركة من الكفار يأسرونه دون أن يجهزوا عليه، وهم صناديد الكفر، وأئمة الضلالة، فتركوا استغلال فرصة هيأها الله - تعالى - لهم.

فاستحقوا من أجل ذلك الملامة والتأنيب، ولو كان العتاب على أخذ الفداء بديلًا من القتل لدخل الرسول ﷺ فيه معهم، بينما ظاهر الخطاب فى قوله: ﴿ تُرِيدُونَ عَرَضَ ٱلدُّنْيَا ﴾ [الأنفال: ٦٧]، خاص بالمؤمنين وحدهم، بل كان المقام يقتضى توجيه اللوم إلى رسول الله ﷺ وحده كما كان الخطاب خاصًا به فى صدر الآية لا سيما وأنه القائد المطاع ووجد من أصحابه من أشار عليه بالقتل كعمر وسعد بن معاذ، رضى الله عنهما.

يوضح ذلك ويؤكده قوله - تعالى - عقب هذه الآية: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّمَن فِيٓ أَيْدِيكُم مِّنَ ٱلْأَسْرَىٰٓ إِن يَعْلَمِ ٱللَّهُ فِي قُلُوبِكُمْ خَيْرًا يُؤْتِكُمْ خَيْرًا مِّمَّآ أُخِذَ مِنكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِن يُرِيدُواْ خِيَانَتَكَ فَقَدْ خَانُواْ ٱللَّهَ مِن قَبْلُ فَأَمْكَنَ مِنْهُمْ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ [الأنفال: ٧٠، ٧١].

حيث يخاطب الله تعالى نبيه ﷺ بترفق ولين لا شائبة فيهما لعتاب أو تأنيب، ويأمره تعالى بأن يقدم ما يشبه الاعتذار لهؤلاء الأسرى على ما أخذ منهم من فداء، وأن الله مخلف عليهم خيرًا منه إن علم فى قلوبهم خيرًا، أى إن آمنوا، وإن عادوا لحربك عدنا لهم بتمكينك منهم كما مكناك منهم أول مرة.

فهل ينسجم هذا الاعتذار إلى الأسرى مع القول بأن الله - تعالى - كان يريد من رسوله قتلهم لا أخذ الفداء منهم فى مقابل إطلاق سراحهم؟!

وفى طيات هذا الاعتذار تقريع أشد موجه إلى المؤمنين باعتبار أنهم أخذوا مالاً غير جديرين بأخذه، لا سيما وهناك قاعدة شرعية مقررة فى كثير من الأحكام قائلة:

من تعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه.

ولكن لولا كتاب من الله - تعالى - سبق بإحلال الغنائم لهم، وقد كانت محرمة على من قبلهم من الأمم - لمسهم فيما أخذوا عذاب عظيم.

فالعتاب موجه إلى المؤمنين لا إلى الرسول ﷺ حيث خالفوا أمره لما ندبهم إلى القتال، بعد أن فاتهم المال؛ إذ كان المفروض فيهم ألا يشغلهم عن القتال شاغل لا سيما وقد أمكنهم الله تعالى من عدوهم ولو هم فعلوا لأتاهم النصر المبين والمال الوفير، ولكن شغلهم حب العاجل من المال عما كان مهيئًا لهم من فوز عظيم، فأقبلوا على المال يجمعونه وعلى الأسرى يأخذونهم طمعًا فى فدائهم؛ فأوقعوا بذلك رسولهم فى حرج من أمرهم، فاستشار وأطال الاستشارة فى شأنهم، ثم هداه الله تعالى إلى الحق بإطلاق سراحهم فى مقابل فداء يؤخذ منهم.

وهذا هو الذى يتواءم مع قوله - تعالى -: ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ [محمد: ٤]، على ما يأتى بيانه إن شاء الله.

وهنا قد يطفر إلى الذهن سؤال سائل معترض، أو مستفهم يريد الوقوف على الحقيقة، وملخص السؤال أو الاستفهام: لو كان اللوم موجهًا إلى المؤمنين من غير مشاركة الرسول ﷺ معهم فيه فبما نفسر بكاء النبى ﷺ وصاحبه أبو بكر - رضى الله عنه - غداة غدا عليه عمر رضى الله عنه فقال: (يارسول الله أخبرنى من أى شىء تبكى أنت وصاحبك، فإن وجدت بكاء بكيت وإن لم أجد بكاء تباكيت). فقال رسول الله ﷺ: «أَبْكِى لِلَّذِى عَرَضَ عَلَى أَصْحَابِكَ مِنْ أَخْذِهِم الفِدَاءَ، لَقَدْ عُرِضَ عَلَىَّ عَذَابُهُم أَدْنَى مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ. لشَجَرَةٍ قَرِيبَةٍ مِنْه ﷺ»[١].

وجاء فى رواية أخرى أن رسول الله ﷺ قال: «إِنْ كَادَ لَيُصِيبُنا فى خِلافِ ابنِ الخطَّابِ عذابٌ، ولو نَزَلَ عَذَابٌ مَا أَفْلَتَ إلا عُمرُ»[٢].

إن ظاهر هذا القول منه ﷺ يدل على أنه كان فى معرض اللوم مع القوم، وأنه لو نزل عذاب لعم الجميع ولم يفلت منه إلا عمر.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٨٣ - ١٣٨٥) كتاب الجهاد السير، باب الإمداد بالملائكة فى غزوة بدر (٥٨/ ١٧٦٣).

(٢) أخرجه ابن المنذر وأبو الشيخ وابن مردويه عن ابن عمر كما فى الدر المنثور للسيوطى (٣/ ٣٦٦).

والتفسير الصحيح الذى نراه ونطمئن إليه، ويتم به التوافق بين الكتاب والسنة هو ما ورد من أن الرسول ﷺ لما شاهد أصحابه يوم بدر، وهم يجمعون المغانم وقد شغلوا بها عن تتبع العدو فى انهزامه، وأذكره بذلك عمر وسعد بن معاذ وآخرون، كأنما يريدون منه ﷺ أن ينهى أصحابه عن ذلك، ويأمرهم باقتفاء العدو فى هروبه فلم ينه ولم يأمر.

ولكن كان هذا الموقف منه ﷺ نابعًا من السياسة الرشيدة والحكمة البالغة والتجربة الرائدة من قائد محنك رزين يحب ألا يعصى أمره، وألا يوقع أصحابه فى حرج وضيق.

فإن النبى ﷺ حين علم بقفول عير قريش من الشام وهى محملة بالأمتعة والذخائر، دعا أصحابه إلى الخروج للتعرض لها والاستيلاء على ما تحمل من أموال قريش الذى أخرجوا المؤمنين من ديارهم وحازوا أموالهم بغير حق.

ولكن العير أفلتت فأصبح النبى ﷺ والمؤمنون وجهًا لوجه أمام العدو الذى نفر لإنقاذ تجارته من أن تقع غنيمة باردة فى أيدى المسلمين.

وكانت المعاهدة التى عقدها الرسول ﷺ مع أهل المدينة لا تلزمهم إلا بالدفاع عن المدينة، وأما القتال خارجها فلم يكن من بنودها؛ لذا استشارهم الرسول ﷺ فى الموقف وطلب منهم التأنى والروية قبل أن يقطعوا فيه برأى، فرضوا بالقتال عن طواعية واختيار.

وأمكنهم الله عز وجل من عدوهم، ونصرهم عليه نصرًا مبينًا وعاينوا المال الذى لم يخرجوا فى الأصل إلا من أجله، أفتراهم يفوتهم كما فاتتهم العير من قبل؟

فأقبلوا عليه جمعًا والتقاطًا من أرض المعركة مؤثرين له على الإجهاز على العدو.

ووجد الرسول ﷺ نفسه فى موقف صعب ومأزق حرج شديد، أينهاهم عن المال، وهو قد خرج بهم من أجله؟ فسكت سكوت المغيظ المحنق، وكان هذا منه من قبيل السياسة الرشيدة والحكمة البالغة - كما قلنا من قبل - وانتظر أمر الله تعالى فيهم فنزل الوحى بلومهم وتبرئة ساحته، ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض.

ولا يقولن قائل: كانت الشجاعة منه ﷺ - وهو بها معروف - تقضى بنهيهم عن

جمع المال وأمرهم باقتفاء العدو.

فالقوم - فضلا عن قتالهم تطوعًا، وظفرهم بما خرجوا من أجله - كانوا حديثى عهد بإسلام، فخاف عليهم الرسول ﷺ الانتكاس إلى الكفر إن هو نهاهم عن ذلك.

وقد قال الرسول ﷺ لعائشة - رضى الله عنها -: «لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكِ حَدِيثُو عهدٍ بِإِسْلَامٍ، لَهَدَمْتُ الكَعْبَةَ وبَنَيْتُها عَلَى قَواعِدِ إِبْرَاهِيم»[1].

وبناء على ما ذكر يكون معنى قوله ﷺ: «أبكى للذى عرض على أصحابك من أخذهم الفداء»، اضطرونى إليه من أخذ الفداء بتسببهم فيه[2].

بدليل قوله: «لقد عرض على عذابهم»، حيث لم يدخل نفسه فى زمرتهم.

والمراد من قوله فى الرواية الأخرى: «ولو نزل عذاب ما أفلت إلا عمر»، يعنى بذلك أصحابه؛ لأن غالبيتهم أقبلت على جمع المال أثناء المعركة لم يشذ عنهم إلا عمر فى نفر قليل.

والرسول ﷺ بالمؤمنين رؤوف رحيم، فغير مستغرب منه أن يبكى لتعرض أصحابه لخطر جسيم.

ومما يؤكد أن الملامة كانت للمؤمنين دون النبى ﷺ أن الله وعد نبيه إحدى الطائفتين العير أو النفير وأخبرهم النبى بذلك، ففاتهم العير فانحصر ظفر المؤمنين حينئذ فى النفير، أمكنهم الله تعالى منه وهم قليل عددهم ضعيفو الشوكة والعدة وعدوهم كثير كامل العدد والأهبة، فكان النصر من الله لا منهم، فضيعوا فرصة سنحت لهم، لم يحسنوا استغلالها، وتركوا العدو يفلت من أيديهم، وشغلهم جمع المال والتقاط الأسرى عن الإمعان فى العدو تقتيلًا وتنكيلًا، والإسلام بعد ضعيف وأهله قلة مستذلون.

---

(١) أخرجه البخارى ٤/ ٢٣٠ - ٢٣١ كتاب الحج، باب فضل مكة وبنيانها (١٥٨٥) ومسلم ٢/ ٩٦٨ كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها (٣٩٨/ ١٣٣٣) وأحمد (٦/ ٥٧) والدارمى (٢/ ٥٤) والنسائى ٥/ ٢١٥ كتاب المناسك، باب بناء الكعبة، وابن خزيمة (٢٧٤٢) من طريق عروة عن عائشة قالت: قال لى رسول الله ﷺ «لولا حداثة قومك بالكفر لنقضت البيت، ثم لبنيته على أساس إبراهيم عليه الصلاة والسلام...».
وللحديث طرق أخرى كثيرة غير ما ذكرت.

(٢) تقدم.

فالملامة إنما كانت من الله تعالى للمؤمنين على موقفهم هذا المتخاذل، لا على أخذ الفداء من الأسرى وإطلاق سراحهم دون قتلهم وإعمال السيف فيهم، وقد أصبحوا أذلة ضعفاء لا حول لهم ولا قوة.

ولولا خوف الإطالة لأتينا على آيات من سورة الأنفال وبينا أنها لا تخرج عن مضمون ما ذهبنا إليه، فلنكتف بذلك فإن فيه غنية وكفاية لمن نصح نفسه ورجع إلى عقله وتدبر الأمر بتؤدة وأناة، وبهذا ظهر أن الآية لا تصلح دليلًا لمن ذهب إلى جواز قتل الأسرى قبل الإثخان فى العدو؛ لأن مبنى الدليل عندهم على أن اللوم فيها موجه إلى الرسول ﷺ والمؤمنين فى أخذ الفداء بديلًا عن القتل، وليست الآية على هذا المعنى الذى أرادوه منها.

وإذا لم تصلح دليلًا على جواز القتل قبل الإثخان، فهى بعيدة أشد البعد عن الصلاحية لجواز القتل بعد الإثخان.

ثانيًا: واستدلوا أيضًا على جواز قتل الأسير إذا رآه الإمام ولو لم يكن من أهل النكاية فى المسلمين بقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَٱحْصُرُوهُمْ وَٱقْعُدُوا۟ لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [التوبة: ٥].

وتنحصر وجهة نظرهم فى استدلالهم بالآية فى نقطتين:

(أ) فى قوله تعالى: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ حيث أمر تعالى بقتل المشركين - والمراد بهم غير الكتابيين فى رأى جمهرة العلماء - فى أى مكان وجدناهم فيه، سواء كان ذلك فى أرض المعركة أو كانوا أسرى تحت أيدينا.

(ب) وفى قوله: ﴿ فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [التوبة: ١٢] والمراد توبتهم بالإسلام بدليل ما بعده من إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة.

أمر تعالى بقتلهم إلى توبتهم بالإسلام، فإن لم يتوبوا فالقتل غير مرفوع عنهم سواء كانوا أسرى أو محاربين بالفعل. ولأنهم إنما يقتلون لكفرهم فيستوى الحال فيهم بين أن يكونوا مقاتلين أو مأسورين.

ولا يتم لهم ما أرادوا من الآية الكريمة إلا إذا كان لفظ المشركين عامًا فى مشركى الجزيرة العربية وغيرهم؛ لأن دعواهم عموم قتل الأسير عربيًا كان أو أعجميًا.

ولنا فيما ذهبوا إليه استفسارات ومناقشات ومعارضات.

هذه الآية معارضة بالآية الأخرى وهى قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ۚ ذَٰلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَانتَصَرَ مِنْهُمْ وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَ بَعْضَكُم بِبَعْضٍ ۗ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَن يُضِلَّ أَعْمَالَهُمْ﴾ [محمد: ٤].

حيث حصرت الحكم فى الأسرى فى المن أو الفداء ولم تتعرض للقتل إلا فى لقائهم فى الحرب خاصة، وغير بعيد أن يكون هناك فرق بين المحاربين وبين المأسورين فالأولون أقوياء شاكو السلاح والآخرون ضعفاء مستسلمون، وعلى ذلك فقياس الأسارى على المحاربين قياس مع الفارق.

على أن الآيتين بعد ذلك محكمتان ولا تعارض بينهما بحمد الله، ومن ثم فلا داعى للقول بأن إحداهما نسخت الأخرى كما ذهب إلى ذلك كثير من المفسرين، فآية التوبة خاصة فى مشركى جزيرة العرب، وآية سورة محمد ﷺ عامة فى الكفار مشركين وكتابيين عربًا وأعجميين. والواجب فى مثل هذه الحالة أن يحمل العام على الخاص، فيكون الحكم الذى استقر أخيرًا فى مشركى الجزيرة هو وجوب قتالهم إلى أن يسلموا، لا يجوز غير ذلك البتة فلا تجوز مهادنتهم ولا الإبقاء عليهم حتى ولو كانوا مأسورين فى أيدينا طالما لم يعلنوا عن إسلامهم ويدخلوا فى دين الله، نظرًا لأن آية التوبة من آخر ما نزل من القرآن.

وقد بعث الرسول ﷺ بصدر هذه السورة ومنه الآية التى معنا على بن أبى طالب - رضى الله عنه - فى السنة التاسعة من الهجرة يعلن بها براءة الله ورسوله من المشركين وقتالهم حيثما وجدوا محاربين وغير محاربين إلى أن يسلموا، وإتمام العهد لمن كان له عهد، وظل مستقيمًا عليه إلى موته.

والمراد من المشركين فيها هم مشركو الجريرة؛ لأن سابق هذه الآية ولاحقها يناديان بذلك، ولأنهم هم الذين كانوا يعظمون البيت ويؤدون مشاعر الحج، وقد قال تعالى فى شأنهم: ﴿ إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ۚ وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ إِن شَاءَ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ [التوبة: ٢٨].

بل ألفاظ هذه الآية، أعنى قوله تعالى: ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ

﴿وَٱحۡصُرُوهُمۡ وَٱقۡعُدُواْ لَهُمۡ كُلَّ مَرۡصَدٖۚ﴾ [التوبة: ٥] ظاهرة فى أن المراد بها كفار الجزيرة دون غيرها؛ لأن الأخذ والحصر والقعود لهم كل مرصد لا يتأتى إلا فى قوم محاطين بالمسلمين من كل جانب، وهو لا يصدق إلا فيهم، وهذا حكم متفق عليه عند جميع العلماء المسلمين، والآية شاهد له، وإن اختلفوا فى المراد بالجزيرة العربية، أهو الحجاز دون غيره، أو مكة والمدينة والطائف، أو غير ذلك.

ومنشأ هذا ما روى عن ابن عباس - رضى الله عنه - أنه سمع رسول الله ﷺ يقول فى مرض موته: «أَخْرِجُوا المُشْرِكِينَ مِنْ جَزِيرةِ العَرَب»[١]، وأن عمر - رضى الله عنه - سمع رسول الله ﷺ يقول: «لأُخْرِجَنَّ اليَهُودَ والنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ العَرَبِ حَتَّى لا أَدَعَ فِيها إلا مُسْلِمًا»[٢].

وأن عائشة زوج النبى ﷺ قالت: آخر ما عهد النبى أنه قال: «لا يُتْرَكُ بِجَزِيرَةِ العَرَبِ دِينَان»[٣]، وأن ابن عمر قال: (إن عمر أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز وإنه أجلى اليهود - يهود خيبر - إلى تيماء وأريحاء).

وحكى ابن حجر فى الفتح فى كتاب الجهاد: أن الذى يمنع منه المشركون من جزيرة العرب هو الحجاز خاصة، وهو مكة والمدينة واليمامة وما والاها لا ما سوى ذلك مما يطلق عليه جزيرة العرب، وذكر أقوالًا أخرى لا يعنينا التعرض لها هنا بالتفصيل.

ثم العقل والسياسة والحكمة كل أولئك يستوجب ألا يجتمع فى الجزيرة العربية مع الإسلام دين آخر، وكيف وهى موئل الإسلام ومشع نوره، ومتطلع أنظار المسلمين، ومحط آمالهم، وفيها قبلتهم والأماكن المقدسة؟ وذلك حتى تبقى صافية نقية طاهرة وينبوعًا ثرًا زاكيًا لتعاليم الإسلام وأحكامه.

الآية تأمر بقتل المشركين حيث وجدناهم وبأخذهم وحصرهم والقعود لهم كل مرصد، والأمر - كما عليه جماهير علماء الأصول - للوجوب، ولم يقل أحد من العلماء بوجوب قتل الأسير، وإنما جعلوا الحكم به جوازيًا للإمام، وكان مقتضى القياس - أعنى قياس الأسير على الكافر المحارب - أن يكون قتله واجبًا كقتل

(١) تقدم .
(٢) تقدم .
(٣) تقدم .

المحارب.

ثالثًا: ولهم أيضًا أدلة أخرى من الكتاب، ولكنها دون هذه من حيث دلالتها على جواز قتل الأسير، منها قوله تعالى:

﴿ وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَٰتِلُونَكُمْ كَآفَّةً ﴾، وغير ذلك من الآيات الدالة على عموم قتال الكفار، أو مبادأتهم بالحرب.

وسيأتى فيما بعد إلقاء بعض الضوء على هذه النقطة عند الكلام على دليلهم من السنة، وأن هذه الآيات وأمثالها لا تدل إلا على وجوب قتال مشركى الجزيرة العربية إلى أن يسلموا حفاظًا على الشريعة الإسلامية فى منبعها الأصيل كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

كيف وقوله تعالى: ﴿ فَإِمَّا تَثْقَفَنَّهُمْ فِى ٱلْحَرْبِ ﴾ [الأنفال: ٥٧] الآية مسبوق بقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ عَٰهَدتَّ مِنْهُمْ ثُمَّ يَنقُضُونَ عَهْدَهُمْ فِى كُلِّ مَرَّةٍ وَهُمْ لَا يَتَّقُونَ﴾ [الأنفال: ٥٦]، وهذا لا يصدق إلا على مشركى الجزيرة.

كما أن قوله تعالى: ﴿ وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَٰتِلُونَكُمْ كَآفَّةً ﴾ [التوبة: ٣٦] يدل على المعاملة بالمثل، ومقابلة اعتدائهم باعتداء مثله، والمعتدون على النبى والمؤمنين فى ذلك الوقت هم كفار الجزيرة.

وعلى ذلك فلا دلالة فى الآية على وجوب مبادأة جميع الكفار بالقتال، ولكن يخص هذا الحكم كفار الجزيرة وحدهم.

هذا، وأما حجتهم من السنة على ما ذهبوا إليه من قتل الأسير إذا رأى الإمام فيه مصلحة للمسلمين، ولو لم يكن من أهل النكاية فيهم: فهى الحديث المشهور عن أبى هريرة - رضى الله عنه - لما توفى رسول الله ﷺ وكان أبو بكر، وكفر من كفر من العرب، فقال عمر: كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله ﷺ: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتى يَقُولُوا لا إِلَهَ إِلَّا الله، فَمَنْ قَالَهَا فَقَدْ عَصَمَ مِنِّى مَالَه وَنَفْسَه إلا بِحَقِّه وَحِسَابُه عَلَى اللهِ تَعَالى»[1]، فقال: والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن

---

(١) هذا الحديث متواتر، رواه جماعة من أصحاب النبى ﷺ وهم أبو هريرة، وابن عمر، وجابر، وأنس بن مالك، وأبو بكر، وعمر، وجرير، وسهل بن سعد، وأبو بكرة، وأبو مالك الأشجعى، وعياض الأنصارى، والنعمان بن بشير، وسمرة بن جندب، ومعاذ، وأوس بن أوس، ورجل من بلقين، وابن عباس. =

الزكاة حق المال، والله لو منعونى عناقًا كانوا يؤدونها إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعها، قال عمر: فوالله ما هو إلا أن قد شرح الله صدر أبى بكر للقتال فعرفت أنه الحق.

= حديث أبى هريرة.

أخرجه البخارى (٣/ ٢٦٢) كتاب: الزكاة، باب: وجوب الزكاة، حديث (١٣٩٩)، ومسلم (١/ ١٨٠) كتاب: الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، (٣٤/ ٢٠)، وأبو داود (٣/ ١٠١) كتاب: الزكاة، باب: على ما يقاتل المشركون، حديث (٢٦٤٠)، والترمذى (٤/ ١١٧) كتاب: الإيمان، باب: ما جاء أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، حديث (٢٧٣٣)، والنسائى (٥/ ١٤) كتاب: الزكاة، باب: مانع الزكاة، وابن ماجه (٢/ ١٢٩٥) كتاب: الفتن، باب: الكف عمن قال لا إله إلا الله، حديث (٣٩٢٧)، والشافعى (١/ ١٣) باب الإيمان والإسلام، عبد الرزاق (٦/ ٦٧) كتاب: أهل الكتاب، باب: أقاتلهم حتى يقولوا: (لا إله إلا الله)، حديث (١٠٠٢٢)، وأحمد (٢/ ٣٤٥)، وابن الجارود (ص - ٣٤٣)، باب: فى ما أمر رسول الله ﷺ بالدعاء إلى توحيد الله عز وجل والقتال عليها، حديث (١٠٣٢)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٣/ ٢١٣) كتاب: السير، باب: ما يكون الرجل به مسلما، وابن سعد فى الطبقات، والدارقطنى (١/ ٢٣١، ٢٣٢) كتاب: الصلاة، باب: تحريم دمائهم وأموالهم إذا تشهدوا بالشهادتين، حديث (٢)، والحاكم (١/ ٣٨٧) كتاب: الزكاة، وأبو نعيم فى الحلية (٣/ ٣٠٦)، وابن حبان (١٧٤)، من طريق عن أبى هريرة.

أما حديث ابن عمر:

أخرجه البخارى (١/ ٢٢) كتاب: الإيمان، باب: فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم حديث (٢٥)، ومسلم (١/ ٥٣) كتاب: الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله... (٣٦/ ٢٢)، والدارقطنى (١/ ٢٣٢)، والبيهقى (٣/ ٩٢).

حديث جابر:

أخرجه مسلم (١/ ١٨٠) كتاب: الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله... حديث (٣٥/ ٢١)، وابن ماجه (٢/ ١٢٩٥) كتاب: الفتن، باب: الكف عن من قال لا إله إلا الله (٣٩٢٨)، والترمذى (٥/ ٤٠٩) كتاب: التفسير، باب: تفسير سورة الغاشية (٣٣٣٨)، وأحمد (٣/ ٢٩٥)، وأبو حنيفة فى مسنده (٦)، وأبو يعلى (٤/ ١٩٠) رقم (٢٢٨٢) من طرق عنه.

وقال الترمذى: حسن صحيح.

حديث أنس:

أخرجه البخارى (١/ ٥٩٢) كتاب: الصلاة، باب: فضل استقبال القبلة حديث (٣٩٢)، وأحمد (٣/ ١٩٩، ٢٢٤)، وأبو داود (٢/ ٥٠ - ٥١) كتاب: الجهاد، باب: على ما يقاتل المشركون، حديث (٢٦٤١)، والترمذى (٥/ ٤) كتاب: الإيمان، باب: ما جاء فى قول =

....

= النبى ﷺ أمرت بقتالهم. . . (٢٦٠٨)، والدارقطنى (١/ ٢٣٢) كتاب: الصلاة، باب: تحريم دمائهم وأموالهم إذا تشهدوا بالشهادتين (٢)، وأحمد (٣/ ١٩٩)، وأبو نعيم فى الحلية (٨/ ١٧٣)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٣/ ٢١٥)، والبيهقى (٣/ ٩٢)، والخطيب (١٠/ ٤٦٤)، والبغوى فى شرح السنة (١/ ٩٦) من طريق حميد الطويل عن أنس.

وقال الترمذى: حسن صحيح غريب.

حديث أبى بكر وعمر:

ويرويه عنهما أنس بن مالك قال: قال عمر لأبى بكر فى الردة ألم يقل رسول الله ﷺ: أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإن قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله. قال أبو بكر: إنما قال رسول الله ﷺ: أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة. . .

أخرجه النسائى (٧/ ٧٦ - ٧٧)، وأبو يعلى (١/ ٦٩) رقم (٦٨)، وابن خزيمة (٤/ ٧) رقم (٢٢٤٧)، والحاكم (١/ ٣٦٨) من طريق عمران القطان عن معمر عن الزهرى عن أنس به.

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (١/ ٣٠)، وقال: رواه البزار وقال: لا أعلمه يروى عن أنس عن أبى بكر إلا من هذا الوجه وأحسب أن عمران أخطأ فى إسناده.

وقال الترمذى بعد الحديث (٢٦١٠): وقد روى عمران القطان هذا الحديث عن معمر عن الزهرى عن أنس بن مالك عن أبى بكر وهو حديث خطأ.

وقد حكم عليه بالخطأ أيضا الإمام أبو زرعة الرازى فقال ابن أبى حاتم فى العلل (٢/ ١٥٩) رقم (١٩٧٠): سئل أبو زرعة عن حديث رواه عمرو بن عاصم عن عمران القطان عن معمر عن الزهرى عن أنس. . . فذكر الحديث.

قال أبو زرعة: هذا وهم إنما هو الزهرى عن عبيد الله بن عبد الله عن أبى هريرة.

أما الحاكم فله مع هذا الحديث شأن آخر فقال بعد إخراجه: صحيح الإسناد غير أن الشيخين لم يخرجا لعمران القطان وليس لهما حجة فى تركه فإنه مستقيم الحديث ووافقه الذهبى.

وعمران روى له البخارى تعليقًا والأربعة وقال الحافظ فى التقريب (٢/ ٨٣): صدوق يهم.

حديث جرير:

أخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير (٢/ ٣٤٧) رقم (٢٢٧٦)، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (١/ ٢٩)، وقال: رواه الطبرانى فى الكبير وفى إسناده إبراهيم بن عيينة وقد ضعفه الأكثرون قال ابن معين: كان مسلمًا صدوقًا ا هـ.

وقال النسائى: ليس بالقوى.

وقال أبو حاتم: أتى بمناكير.

ينظر المغنى (١/ ٢١).

حديث سهل بن سعد: =

....

= أخرجه الطبرانى فى الكبير (٦/ ١٣٢) رقم (٥٧٤٦)، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (١/ ٣٠)، وقال: رواه الطبرانى وفى إسناده مصعب بن ثابت وثقه ابن حبان والأكثر على تضعيفه ا هـ. ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم.

وقال الحافظ: لين الحديث.

ينظر: المغنى (٢/ ٦٦٠)، والتقريب (٢/ ٢٥١).

حديث أبى بكرة:

ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (١/ ٣٠)، وقال: رواه الطبرانى فى الكبير والأوسط وفيه عبد الله بن عيسى الخزاز وهو ضعيف لا يُحْتَجُّ به. ا هـ.

وذكره الذهبى فى المغنى (١/ ٣٥٠)، وقال: عبد الله بن عيسى أبو خلف الخزاز عن يونس بن عبيد ضعفوه.

حديث أبى مالك الأشجعى:

أخرجه الطبرانى فى الكبير (٨/ ٣٨٢) رقم (٨١٩١)، وذكره الهيثمى فى المجمع (١/ ٣٠)، وقال: رواه الطبرانى فى الكبير ورجاله موثقون.

حديث عياض الأنصارى:

أخرجه البزار (١/ ١٠ - كشف) رقم (٤) من طريق عبد الرحمن القرشى عن عياش مرفوعًا: بلفظ: إن لا إله إلا الله كلمة على الله كريمة لها عند الله مكان وهى كلمة من قالها صادقا أدخله الله بها الجنة ومن قالها كاذبًا حقنت دمه وأحرزت ماله ولقى الله غدًا فحاسبه

قال البزار: ولا نعلم أسند عياض إلا هذا.

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (١/ ٣١)، وقال: رواه البزار ورجاله موثقون إن كان تابعيه عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود.

حديث النعمان بن بشير:

أخرجه البزار (١/ ١٥ - كشف) رقم (١٥) من طريق أسود بن عامر ثنا إسرائيل عن سماك عن النعمان بن بشير به.

قال البزار: وهذا أخطأ فيه أسود.

وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد (١/ ٣١): رواه البزار ورجاله رجال الصحيح.

حديث سمرة بن جندب:

ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (١/ ٣٠)، وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه مبارك ابن فضالة واختلف فى الاحتجاج به.

حديث معاذ بن جبل:

أخرجه ابن ماجه (١/ ٢٨) المقدمة، باب: فى الإيمان حديث (٧٢)، والدارقطنى (١/ ٢٣٣) كتاب: الصلاة، باب: تحريم دمائهم وأموالهم... من طريق شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم عن معاذ به.

قال الحافظ البوصيرى فى الزوائد (١/ ٥٦): هذا إسناد حسن. ا هـ.

وفيه شهر بن حوشب وقد اختلفوا فى الاحتجاج به. =

مأخذ الحجة من القصة هو قوله ﷺ: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتى يَقُولُوا لا إِلَهَ إِلَّا الله، فَمَنْ قَالَهَا فَقَدْ عَصَمَ مِنِّى مَالَه وَنَفْسَه إلا بِحَقِّه وَحِسَابُه عَلَى اللهِ تَعَالى».

والمراد من الناس فى الحديث: أهل الشرك كما عليه أعيان العلماء؛ لأن أهل الكتاب معترفون بالإله الواحد فى الجملة.

وعلى ذلك فلفظ الناس عام فيهم، فإذا كان لا يرفع عنهم السيف حتى يسلموا، فالأسير منهم لا يرفع عنه السيف حتى يسلم أيضًا.

هذا هو جهد ما يمكن أن يستنبط من الحديث للدلالة على مذهبهم.

ولنا فى الحديث عمومًا وعلى وجهة نظرهم منه خصوصًا تساؤلات نوجزها فيما يلى:

١ - قوله ﷺ: «إنى أمرت» يدل على الوجوب؛ فيكون قتال الكفار المعنى بقولهم: (لا إله إلا الله) واجبًا سواء كانوا مقاتلين أو مأسورين فى كل حال، ودعواهم هى جواز قتل الأسير أو وجوبه إذا رأى الإمام فيه المصلحة.

٢ - إذا أخذنا بوجهة نظرهم فى عموم لفظ الناس بحيث يشمل مشركى الجزيرة العربية وغيرهم، فالذى يؤخذ من الحديث حينئذ وجوب مبادأة الكفار عمومًا بالقتال حتى يسلموا، وهو وإن كان رأى الجماهير من علماء المسلمين، إلا أن لنا عليه اعتراضًا ورأيًا آخر يخالفه، وقد سبقت الإشارة إليه بإجمال، وسنتكلم عليه بتفصيل

= حديث أوس بن أوس:

أخرجه الدارمى (٢/ ٢١٨) كتاب: السير، باب: فى القتال على قول النبى ﷺ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، وابن ماجه (٣٩٢٩)، وأحمد (٤/ ٨)، وعزاه السيوطى فى الأزهار المتناثرة (ص - ٢٠) رقم (٤) إلى ابن أبى شيبة.

حديث الرجل من بلقين:

أخرجه أبو يعلى (١٣/ ١٣١ - ١٣٢)، والبيهقى (٦/ ٣٣٦)، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد (١/ ٥٣، ٥٤)، وقال: رواه أبو يعلى وإسناده صحيح.

وذكره الحافظ ابن حجر فى المطالب العالية (٢/ ١٨٥) رقم (٢٠١٠)، وعزاه إلى أحمد ابن منيع وذكره برقم (٢٠١١)، وعزاه إلى أبى يعلى.

حديث ابن عباس:

ذكره الهيثمى فى المجمع (١/ ٣٠)، وقال: رواه الطبرانى ورجاله موثقون إلا أن فيه أسحق بن يزيد الخطابى ولم أعرفه.

موجز فيما يأتى إن شاء الله.

٣ - القصة التى كانت مثار هذا الحديث كانت فى قتال المرتدين عن الإسلام ومانعى الزكاة، ولا خلاف بين العلماء فى وجوب قتالهم حتى يعودوا إلى الإسلام، ويؤدوا الزكاة، ولكنها بمنأى عن وجوب قتال المشركين ابتداء، وبالتالى لا دلالة فيها على قتل الأسير، وهذا وإن كان متفقًا عليه، إلا أنا أشرنا إليه احتياطًا وتأكيدًا حتى لا يذهب ذاهب إلى الاستدلال بالقصة على جواز قتل الأسير.

قتال أهل الكفر:

وهذا بحث استطرادى متفرع على ما قبله، كما أنه مؤسس له وممهد إليه:

أهل الكفر صنفان: كتابيون ووثنيون، فأما الكتابيون فإنهم يقاتلون حتى يسلموا أو يؤدوا الجزية عن يد وهم صاغرون، فإذا أدوها صاروا أهل ذمة: لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين فى الجملة.

وهذا لا خلاف فيه بين علماء المسلمين، قال تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

فيكون التزامهم الجزية حينئذ عاصمًا لدمائهم وأموالهم كعصمة الإسلام لذلك، وأما الوثنيون فيقاتلون إلى أن يسلموا على رأى جماهير العلماء، أو إلى أن يسلموا أو يلتزموا الجزية على رأى بعض منهم.

بعد هذا نقول: هل يجب على المسلمين مبادأة الكفار عمومًا بالحرب؟

تكاد تكون هذه النقطة محل وفاق بين علماء المسلمين إذا كان لنا قوة عليهم، ولا يعنينا من هذه النقاط سوى هذه النقطة الأخيرة؛ لأن لها صلة وثيقة بموضوع البحث؛ حيث إن كل من قال بوجوب المبادأة قال: يخير الإمام بين قتل الأسير أو استرقاقه إذا رأى الإمام فيه المصلحة؛ لأن ذلك أرفق به من تعين القتل على كل حال.

ولهم على ذلك أدلة من الكتاب والسنة وهى لا تخرج فى مضمونها عما سبقت الإشارة إليه فى أدلة القائلين بجواز قتل الأسير، منها قوله تعالى: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥]، وقوله: ﴿فَإِمَّا تَثْقَفَنَّهُمْ فِى ٱلْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِم مَّنْ خَلْفَهُمْ ﴾

[الأنفال: ٥٧]، وقوله: ﴿ وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَٰتِلُونَكُمْ كَآفَّةً ﴾، وقوله ﷺ: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتى يَقُولُوا لا إِلهَ إِلّا الله».

فالأمر بقتل المشركين حيثما وجدناهم وكذلك أمر الله تعالى رسوله ﷺ بقتال الناس، والمراد بهم المشركون عمومًا على ما يرى أكثر العلماء - يدل على عموم قتالهم سواء ابتدأونا بالقتال أم لا، والأمر كما يقول علماء الأصول للوجوب، فيكون قتالهم على أى حال واجبًا دفاعًا وهجومًا مبتدئين لنا بالقتال أو كنا نحن المبتدئين؛ وذلك لأن الكفر فتنة، والفتنة أشد من القتل، ولأن دين الإسلام هو الحق، وهو الصراط المستقيم، وهو النور المبين، وهو الذى أنزل رحمة للعالمين، فينبغى أن يعلو على سائر الأديان، ولأن الشرك بالله رجس ومرض فى القلوب، وتطهير الرجس وشفاء المرض بالإيمان بالله وحده. والكفيل بهذا حقًا هو الدين الإسلامى.

ولأن الله تعالى - وقد فطر الخلق وإليه يعودون - يجب أن تكون عبادتهم له تعالى وحده لا يشركه فيها غيره، اقرءوا إن شئتم قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [الذاريات: ٥٦]، وقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ كُلُّهُۥ لِلَّهِ فَإِنِ ٱنتَهَوْا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ وَإِن تَوَلَّوْا۟ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَوْلَىٰكُمْ نِعْمَ ٱلْمَوْلَىٰ وَنِعْمَ ٱلنَّصِيرُ﴾ [الأنفال: ٣٩، ٤٠].

ونحن فى سبيل الجواب عن هذا كله ندعو القارئ الكريم إلى أن يعود إلى أجوبتنا على الأدلة التى استدل بها مدعو جواز قتل الأسير؛ فإن فيها غنية للمنصف ولمريد الوقوف على الحقيقة، والحقيقة وحدها، بقطع النظر عن شخصية القائل ونوعيته وكثرته، فإن الحق أحق أن يتبع.

ولتأكيد ما سبقت الإشارة إليه، ولزيادة الاهتمام به، وفى سبيل إيضاحه وتجليته حتى يسفر كالصبح لذى عينين نقول:

لا يخالجنا شك فى وجوب قتال مشركى الجزيرة العربية إلى أن يسملوا؛ وأن من كان منهم فى عهد مع المسلمين وكان محافظًا عليه أتم له عهده، ثم كان مثله كمثل غيره من المشركين ممن لا عهد لهم ولا ميثاق.

يرشد إلى هذا كله صدر سورة براءة وهى من آخر ما نزل من القرآن؛ فسياق كل

آية منه، ومع مراعاة سوابقها ولواحقها - ينادى بما لا يدع مجالًا للريب بأن المراد من المشركين فيه هم مشركو الجزيرة دون غيرهم.

وإنما اختصت الجزيرة بهذا الحكم للمعانى السامية التى ألمعنا إليها فيما سبق وللأحاديث الواردة فى ذلك.

وعلى هذا فالمراد من المشركين فى قوله تعالى:

﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥] مشركو الجزيرة العربية فيكون قتالهم واجبًا حتى يثوبوا إلى الإسلام أو يجلوا عن الجزيرة على أقل تقدير، لا يجوز غير هذا فى شأنهم، سواء كانوا محاربين أو وقعوا أسرى فى أيدينا، هذا فى رأينا هو الذى استقر عليه الإسلام أخيرًا.

ولسنا فى هذا مناقضين لأنفسنا فيما ذهبنا إليه عند استدلال من رأى جواز قتل الأسير بالآية الكريمة: ﴿مَا كَانَ لِنَبِىٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾ [الأنفال: ٦٧] حيث قلنا هناك: إن النبى ﷺ فعل عين الصواب حين أطلق سراح أسرى بدر بفدية ولم يقتلهم، مع أنهم كانوا من مشركى الجزيرة.

وإنما انتفى التناقض؛ لأن آية ﴿مَا كَانَ لِنَبِىٍّ ﴾ من سورة الأنفال نزلت عام بدر فى السنة الثانية من الهجرة، بينما آية ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥] من سورة التوبة نزلت فى العام التاسع من الهجرة، على ما هو معروف ومشهور لدى علماء التفسير ومؤرخى السيرة.

وأما غير مشركى الجزيرة فابتداؤهم بالقتال ليس متعينًا علينا نحن المسلمين، طالما كانوا جانحين للسلم ولم يقفوا فى طريق الدعوة الإسلامية؛ مصداقًا لقوله تعالى:

﴿وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ ﴾ [الأنفال: ٦١].

كما أن المراد بقوله تعالى: ﴿ وَٱلْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ ٱلْقَتْلِ ﴾ [البقرة: ١٩١]، ﴿ وَٱلْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ ٱلْقَتْلِ ﴾ [البقرة: ٢١٧] هو فتنة المؤمن عن دينه سواء كا ذلك بالإكراه أو بالإغراء؛ لأن الحفاظ على الدين مقدم على الحفاظ على النفس، وليس المراد منها وجود الكفر فى حد ذاته؛ فالله تعالى خلق الناس ليبتليهم، فمنهم المؤمن ومنهم الكافر، ولو حمل الناس على الإيمان بالسيف لانتفت الحكمة من الابتلاء، والله عز

وجل لا يضره كفر من كفر، ولا ينفعه إيمان من آمن، قال تعالى: ﴿وَمَن شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِۦ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّي غَنِيٌّ كَرِيمٌ﴾ [النمل: ٤٠]، وقال عز من قائل: ﴿وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ وَلِذَٰلِكَ خَلَقَهُمْ وَتَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنَ ٱلْجِنَّةِ وَٱلنَّاسِ أَجْمَعِينَ﴾ [هود: ١١٨-١١٩].

وأما قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [الذاريات: ٥٦] فالمراد منه أن الشأن فيهم ذلك؛ لأنهم ضعفاء لا يملكون لأنفسهم نفعًا ولا ضرًا ﴿وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا﴾ [النساء: ٢٨] ومن كان ضعيفًا محتاجًا إلى مولاه، لا ينبغى له أن يتمرد عليه أو يعبد سواه.

وأما أن الكفر رجس ومرض فى القلوب، والشفاء منه بالإيمان بالله وحده، وليس على وجه الأرض دين يدعو إلى التوحيد كالدين الإسلامى الحنيف، فكل هذا حق وصدق، وشفاء القلب لا يكون إلا عن طواعية واختيار، لا عن إكراه وإجبار؛ لأنه لا سلطان للسيف على القلب، واقتناعه لا يكون إلا عن البرهان الساطع، والمحاجة بالتى هى أحسن، قال تعالى: ﴿ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ﴾ [النحل: ١٢٥].

نعم إذا دعت الحاجة لاستعمال السيف ضرورة اجتماعية حماية للدين وذودًا عن حياض المسلمين، تعين استعماله حينئذ؛ لأنه لا بد مما ليس منه بد، وهذا هو المعنى بقوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ كَلِمَةَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ ٱلسُّفْلَىٰ وَكَلِمَةُ ٱللَّهِ هِىَ ٱلْعُلْيَا﴾ [التوبة: ٤٠]، وبقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٣] لأنه إذا علت كلمته على سائر الأديان كان ما عداه من الأديان والمذاهب والمعتقدات فى حكم العدم.

إلى هنا كان موقفنا مع هؤلاء القوم الذين رأو أن مبادأة الكفار بالحرب واجبة ما دام فينا قوة على محاربتهم موقف الناقد المفند لأدلتهم والمضعف لحججهم، والراد عليهم وجهة نظرهم، وكان من الممكن أن نكتفى بهذا المسلك إزاءهم؛ لأن هذا بحث عارض فى مسار البحث الأصلى يغنينا فيه القليل عن الكثير، ولكنا مع هذا نؤيد رأينا القائل بأن مبادأة الكفار عمومًا بالحرب غير واجبة بأدلة دامغة وحجج ساطعة لا راد لها بإذن الله، مراعين الاختصار ما أمكن لأن الموضوع قد ذكر

استطرادًا كما قلت من قبل، وفى النية إن شاء الله وبعون الله أن أعود إليه فى بحث مستقل شامل لجوانبه، مستوعب لشوارده.

يقول الله جل شأنه: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١] وهذا الدليل وإن خص منه مشركو الجزيرة العربية آخرًا للأدلة السابقة التى أشرنا إليها، فقد بقى داخلًا تحت عمومه غير كفار الجزيرة، فما داموا مسالمين لنا، لا يلحقنا منهم إذاية، ولا ينالنا منهم نكاية، فهم فى مأمن من عداوتنا لهم؛ لأننا مأمورون بمسالمتهم والحال هذه.

ويقول تعالى أيضًا: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦] فلا يحمل الكفار على اعتناق الإسلام كرهًا؛ لأن السيف وإن عمل فى الأبدان فلا عمل له فى القلوب، ولكن يدعى الناس إليه بالحجة البالغة والموعظة الحسنة؛ لأنه قد تبين الرشد من الغى، والهدى من الضلال، وامتاز الإسلام عن الكفر بوضوح محجته، ونصوع طريقته، وسلامة تعاليمه، وصلاحية أحكامه، وكفالتها بسعادة الدارين، ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حى عن بينة.

ودين كهذا لا يصح أن يحمل الناس عليه حملًا، ويلجئوا إليه تحت لذعات السياط ووخزات الأسنة، وإنما يفعل بالناس هذا حين يكون المعتقد غير واضح لا يتبين رشده من غيه، ويلتبس فيه الحق بالباطل، وحاشا للدين الإسلامى أن يوسم بهذا الميسم.

فهذا الحكم الذى تضمنته تلك الآية الكريمة - وهو عدم الإكراه فى الدين الإسلامى - قد علل بعلة صالحة له باعثة إليه مناسبة له أمثل المناسبة، وهى علة نابعة من صميم تعاليم الإسلام فهى باقية ببقائه خالدة بخلوده، فلا يتصور - والحال هذه - انسلاخ الحكم الذى أنيط بها فى وقت من الأوقات.

فالقول بأن هذه الآية قد نسختها آية السيف ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] قول بعيد عن الصواب مجاف لروح الإسلام الصافية وتعاليمه الراشدة المجيدة.

ثم يا ترى هل نسخ هذا الحكم وحده وبقيت علته المناسبة له بلا نسخ فبطل مفعولها، وألغيت دلالاتها؟ أو نسخت مع نسْخ حكمها؟ فصار معنى الآية حينئذ: أكرهوا الناس على الدين لأنه لم يتبين رشده من غيه؟

حاشا لله الحكيم أن نظن به هذا الظن السيئ، وحاشا لدينه المجيد أن يكون ألعوبة تتقاذفها الأهواء وتتلاعب بها الأفهام السقيمة.

كيف والله تعالى يقول في محكم كتابه: ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ﴾ [المائدة: ٣].

ثم كيف يصح نسخ هذه العلة وهى خبر والنسخ لا يدخل الأخبار لاستلزامه الكذب، وهو عليه تعالى محال؟

وأيضًا يقول تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠]، وكل فقرة من فقرات هذه الآية الكريمة شاهد مستقل بنفسه على أن مبادأة الكفار بالحرب غير مطلوبة، بل غير مرغوب فيها.

فإذا ما تضامت الفقرات بعضها إلى بعض كانت دلالتها على هذا الحكم أتم وأوفى.

فقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٠] يفهم منه أن غير المقاتلين من الكفار لا نقاتلهم، وهذا هو الذى يتواءم مع قوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا ﴾ [الأنفال: ٦١].

ثم يقول تعالى: ﴿ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ ﴾ [البقرة: ١٩٠] فسمى المبادأة بالحرب عدوانًا، والعدوان والظلم شيء واحد، وكما أنه تعالى لا يحب المعتدين فهو لا يحب الظالمين.

ثم قال تعالى فى ختام الآية: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾ [المائدة: ٨٧] وهذا تعليل لنهيه تعالى عن المبادأة بالعدوان، وإذا كان تعالى لا يحب المعتدين فهو بلا شك يبغضهم؛ لأن هذا الأسلوب اعتيد من الشارع فى مواطن التحريم، وهذه علة غير قابلة للنسخ، وصالحة فى نفس الوقت لهذا الحكم، أعنى النهى عن مبادأة الكفار بالقتال، فيدوم هذا الحكم بدوام هذه العلة.

أيضًا لا يتصور نسخ هذا الحكم بعد أن سماه الله تعالى عدوانًا، ولو كان فى علمه تعالى نسخه لما وسمه بهذا الميسم البشع، ولأتى تعالى بديلًا عن هذه الصيغة بصيغة أخرى؛ كقوله مثلًا: ولا تبدءوهم بالقتال، فنسخ هذا الحكم بآية: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥] هو بمثابة قوله تعالى: بل اعتدوا إن الله يحب المعتدين، وإذا وصل الأمر إلى هذا الحد من البشاعة والنكر فقل على العقول

السلام.

ولا يعترض على هذا بأن الرسول ﷺ أمر فى آخر حياته بقتال مشركى الجزيرة العربية ولو استلزم الأمر مبادأتهم بالقتال؛ لأن هؤلاء كانوا على الرسول والمؤمنين حربًا وألبًا واحدًا يؤذونهم ويجمعون لهم ويصدون الناس عن الإسلام، فكانوا فى حقيقة الأمر هم البادئين بالقتال.

فأمر ﷺ بأن تطهر منهم الجزيرة مهد الإسلام ومنبع نوره؛ صونًا للإسلام عن مخالطة الشرك، ولتعاليمه النقية عن رجس معقتد المشركين، ليظل له صفاؤه، ولتكون مقدساته بعيدة عن أن تنالها أيدى الكافرين.

وبناء على هذه الأدلة الدامغة، والحجج النيرة الساطعة التى شددنا بها أزر رأينا القائل بأن مبادأة الكفار بالحرب غير مرغوب فيها شرعًا يكون المراد من الناس فى قول رسول الله ﷺ: «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتى يَقُولُوا لا إِلهَ إِلَّا الله» هم مشركو الجزيرة العربية دون سواها توفيقًا بين الأدلة، ومنعًا للتضارب بينها.

لا سيما ولفظ (الناس) فى الحديث غير مراد عمومه، بل هو عام مراد منه الخصوص، بدليل أن الكتابيين غير داخلين فى المراد منه؛ لأنهم يقولون: لا إله إلا الله، ولأنهم يقاتلون إلى أن يسلموا أو يعطوا الجزية.

فبقى حينئذ أن يقال: ما المراد من «الناس» فى الحديث؟

وأقرب المرادات منه أن يكون خاصًا بمشركى الجزيرة العربية دون غيرها؛ للأدلة الكثيرة التى أشرنا إليها فى ثنايا البحث.

لا سيما وقتال أهل الأرض عمومًا ليس فى مستطاع المسلمين ولا غيرهم؛ فيصرف ما يتناوله لفظ (الناس) فى الحديث إلى المعهودين حينئذ وهم مشركو الجزيرة العربية، وإذا كانت مبادأة الكفار بالحرب غير مرغوب فيها - لما ذكرنا - فقتل أسيرهم كذلك غير مرغوب فيه، لا سيما وقد أصبح ضعيفًا ذليلًا تحت أيدينا لا حول له ولا قوة.

وبالأسر كفينا شره، فحاله كحال قومه، إذا جنحوا للسلم فلا داعى يدعو إلى قتله حينئذ، اللهم إلا إن كان من ذوى النكاية فى المسلمين، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

استرقاق الأسارى:

بعد هذا الطواف رجعنا إلى موضوع بحثنا الأصيل (موقف الإسلام من الرق والأرقاء)، وبالتالى ما حكم الإسلام فى أسرى الحرب من الكفار؟

أغلب الفقهاء على أن الإمام مخير فيهم بين أربع خصال: القتل، والاسترقاق، والفداء والمن، وأنه يتعين عليه اختيار ما فيه مصلحة المسلمين.

وقد تكلمنا على قتل الأسير بما فيه كفاية لمن ابتغى الحقيقة، والحقيقة وحدها بقطع النظر عن القائل بها والذاهب إلى خلافها.

وظهر من مساق كلامنا أن قتله لا يجوز إلا إذا كان من مشعلى نار الحرب ضد المسلمين، أو من أصحاب النكاية فيهم، أو ممن يخشى منه فتنة للمسلمين أو افتتانه على الله والرسول.

وإن قتل النبى ﷺ لبعض الأسرى إنما كان لهذا السبب، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام على (رأينا فى الأسير).

هذا، وأما ضرب الرق على الأسير فالعلماء من المسلمين مجمعون على جوازه، وإن استثنى بعضهم أحرار ذكور العرب، فقال: لا يجوز ضرب الرق عليهم، ويجوز على من عداهم، ومضى لنا كلام فى هذا القبيل.

وهم محقون فى هذا لا ينبغى أن ينازعوا فيه، فالرسول ﷺ قد استرق بعض الأسرى، وكذلك فعل من بعده الخلفاء الراشدون وأصحابه العدول، والتابعون من بعدهم، بلا تكبر من المسلمين وبلا استحياء أو غضاضة.

والكتاب العزيز وإن لم يتعرض لضرب الرق على الأسارى بعبارة نصية أو ظاهرية، إلا أنه يفهم من مساق بعض آياته جواز ذلك بطريق اللزوم، فقوله تعالى: ﴿فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] وقوله فى شأن عقاب الإماء: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، وقوله فى القصاص: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، وغير ذلك من الآيات المعترفة بوجود الرق والأرقاء.

كل أولئك يستلزم من الشارع الحكيم جواز ضرب الرق على الأسير، فيكون من مدلول الكتاب المجيد كما هو من مدلول السنة، فقول بعض العلماء: إن القرآن لا يدل من قريب أو من بعيد على جواز استرقاق الأسرى قول مرفوض من الأساس، لا سيما وأن منفذ الرق إلى الحر لا يكون إلا عن طريق الأسر فى الحروب التى تقع بيننا

وبين أهل الكفر.

وإذا كان الرق مدلولًا عليه بالكتاب العزيز، وبالسنة النبوية، وبعمل الصحابة، وإجماع فقهاء المسلمين، فهل كان تشريعه تشريع ترف للمسلمين وتوسعة عليهم على اعتبار أنه نعمة من الله تعالى من بها على حزبه وجنده المناصرين لدينه، ونقمة صبها على أعدائه من الكافرين؟

لقد بينا فيما سبق بما لا يدع مجالًا للشك أنه حكم ثبت للضرورة، وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها، وقد راعى الإسلام فى جميع تشريعاته وتعاليمه وآدابه التى لها صلة بالرق والأرقاء.. هذه القاعدة أتم رعاية وأوفاها.

والحكم الذى تلجئ إليه الضرورة يعتبر حكمًا غير قائم على أساس حكمًا ينتظر زواله فى كل وقت؛ ذلك لأن الضرورة لا بقاء لها.

فهو سرعان ما ينهار إذا ما انهارت أسناده التى تقيمه، والدواعى التى تفرض بقاءه، غير محتاج إلى تشريع جديد يحكم ببطلانه، وزوال آثاره.

وبناء على هذا الأصل الأصيل: لو حارب المسلمون قومًا ليس فى شريعتهم أو مذهبهم أو عرفهم استرقاق الأسير، فإنه لا يجوز لإمام المسلمين أن يضرب الرق على أساراهم، حيث لا ضرورة تدعو إلى ذلك؛ لأن الإسلام - كما قلنا فيما سبق - أبقى عليه معاملة لأعدائه بالمثل، وكيلا لهم بالكيل الذى كالوا، فإن هو حكم بما يخالف ذلك فحكمه باطل وغير نافذ شرعًا لمخالفته روح الإسلام وقواعده التى روعيت فى جميع تشريعاته بصدد الرق والأرقاء.

وإذا صار استرقاق الأسير غير جائز بمقتضى عرف عام أو قانون دولى كما هو الحال الآن، لم يجز للمسلمين أن يسترقوا أسيرًا كائنًا من كان، فإن هم فعلوا فقد خالفوا الإسلام، وتعاليمه الرشيدة، ومقرراته السليمة الحكيمة.

ومنذ صدر قانون تحريم الرق فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر، تهاوى الرق وتحرر الأرقاء فى جميع بقاع الأرض لا سيما الذين هم تحت أيدى المسلمين، وإن لم يشاركوا فى المؤتمر الذى أصدر قرارات تحريمه، بل وإن لم يرضوا به، ووقفوا منه موقف المنابذة، وكل من استعبد منهم إنسانًا بعد صدور قرارات هذا المؤتمر مسلمًا كان أو غير مسلم ذكرًا كان أو أنثى عربيًا كان أو غير عربى أبيض أو أسود، فقد استعبد حرًا لا يجوز استعباده وعليه وزر صنيعه، ولا يظله الله تعالى فى

ظله يوم لا ظل إلا ظله ولا يزكيه وله عذاب أليم.

ولا يحتاج هؤلاء الأرقاء الذين تحرروا بحكم هذا القانون إلى أن يقول لهم أسيادهم: كونوا أحرارًا؛ لأنهم فى واقع الأمر أحرار بحكم الشريعة الإسلامية منذ صدر هذا القانون.

وكم كنا نود أن يشارك المسلمون فى هذا المؤتمر الذى حرم الرق مشاركة إيجابية، بل أن يكونوا هم الداعين إليه والمنظمين له حيث تهيأت أسباب زوال الرق والعفاء على آثاره البغيضة الممقوتة؛ لأنهم حملة أعظم دين عرفته الإنسانية برًا بالإنسان، رحيمًا بالضعفاء، موسومًا بالعدالة والإنصاف، شغوفًا بالعطف على المستذلين والمنكوبين.

ويعزينا بعض العزاء - والحق أحق أن يقال، ويشاد به - مشاركة إسماعيل باشا خديوى مصر فى ذلك الوقت فى محاربة الرق، ومطاردة تجاره الذين اتخذوا من قارة إفريقية سوقًا دولية لاستجلابه ثم بيعه بقصد الربح والمغنم دون ما وازع من دين أو خلق أو ضمير حى.

وإن كنتم تريدون دليلًا ملموسًا على هذا الذى نقوله ونذين الله تعالى به، فإليكم هذا الدليل: إنه على كثرة غزوات الرسول ﷺ فى العرب، فإنه لم يكثر من ضرب الرق عليهم، ومن استرقه منهم أطلقه بعد فترة وجيزة وبعد أن يسترضى أسيادهم، ذلك لأن الرق لم يكن شائعًا عند العرب فى العرب، ولعل الذى دعا الرسول ﷺ إلى ضرب الرق على هؤلاء مؤقتًا سوء معاملة المشركين للمستضعفين من المؤمنين واعتبارهم متاعًا يباع ويشترى.

وهذا عمر الخليفة الراشد العادل العبقرى أثر عنه قوله: ليس على عربى ملك؛ ذلك لأن العرب تستهجن استرقاق العربى، وكان هذا عرفًا سائدًا فيهم، أو على الأقل معروفًا عند كثير من قبائلهم، فعاملهم عمر - رضى الله عنه - بمقتضى عرفهم.

فإذا صار عدم جواز استرقاق الأسير عرفًا عامًا عند جميع الشعوب كما هو حاصل الآن، جاز لنا أن نقول: - اقتداء بعمر وعملًا بروح الإسلام وتطبيقًا لتعاليمه الرشيدة -: ليس على آدمى ملك.

ويؤسفنى، بل ويحز فى قلب كل مسلم غيور على دينه أن كثيرًا من المسلمين

ممن كان تحت أيديهم أرقاء لم يستجيبوا لهذا إلا مؤخرًا جدًا بعد مضى ما يقرب من قرن منذ أن حرم الرق، وإلا بعد أن صاروا سبة عند جميع شعوب الأرض، ولولا هذا لم يتنازلوا عنه، والله يغفر لهم زلتهم هذه.

كما يؤسفنى أشد الأسف أن أصرح أنه لا يزال هناك أناس فى بعض أطراف الجزيرة العربية يتخذون الرقيق، ولا يرون بالرق بأسًا.

بل هناك ما هو أدهى من ذلك وأنكى، أناس اشترى منهم الإنجليز من تحت أيديهم ممن زعموهم عبيدًا فأكلوا أثمانهم بالباطل، ومع هذا استعادوهم إلى الرق كرة أخرى، فيا للشراهة ويا للعار.

الإسلام منهم برىء لا يقبل الله منهم صرفًا ولا عدلًا، وإن زعموا أنهم فى الذروة العليا من الإيمان بالله ورسوله.

وكم نجنى على الإسلام بسلوكنا وبجهلنا ويظن أعداؤه أن هذه هى تعاليمه، وهو منها برىء.

فلا حول ولا قوة إلا بالله.

المن والفداء:

قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ حَتَّىٰٓ إِذَآ أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّواْ ٱلْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ [محمد: ٤].

صدرنا هذا البحث بهذه الآية الكريمة؛ لأنها الدليل الأصيل و المعول عليه فى المن على الأسارى وفدائهم، وفيها يأمر الله تعالى المؤمنين إذا حاربوا الذين كفروا أن يقصدوا إليهم بالقتل بلا هوادة حتى إذا أكثروا فيهم الجراح وعلت كفتهم عليهم جاز لهم أن يأسروهم إلى أن تضع الحرب أوزارها، ثم هم بعد هذا بالخيار إما يمنوا عليهم وإما أن يفادوهم.

والمن: هو التسريح بلا مقابل، من قولهم من على فلان أى أنعم عليه واصطنع عنده صنيعة.

والفداء: هو ما يؤخذ من الأعداء فى مقابل إطلاق سراح الأسرى، وهو قد يكون مالًا وقد يكون أسرى من المسلمين.

والوثاق: هو ما يشد به الشىء حبلًا كان أو قدًا من جلد أو طوقًا من حديد، وشد الوثاق كناية عن الأسر.

والأوزار: جمع وزر بكسر الواو وهو السلاح أو الثقل، والمعنى من وضع الحرب أوزارها: هو انتهاؤها بقهر العدو وظهورنا عليه.

بعد هذا الشرح الوجيز لمضمون الآية الكريمة نقول: إنها حصرت الحكم فى الأسارى من الكفار فى أمرين اثنين لا ثالث لهما: المن والفداء يختار الإمام واحدًا منهما، وذلك حيث رددت بينهما بإما المفيدة للحصر.

ومع هذا النص الواضح الصريح فى المن على الأسارى ومفاداتهم فقد اختلف الفقهاء فيها:

فيرى فريق من العلماء وعلى رأسه الحنفية أن الأسير من الكفار لا يجوز أن يمن عليه ولا أن يفادى؛ حتى لا يعود إلى الكفار حربًا علينا، ويرى أن قوله تعالى: ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ [محمد: ٤] منسوخ، والناسخ له قوله تعالى: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥] لأنها من آخر ما نزل من القرآن.

بينما يرى فريق آخر عكس ما رأى الفريق الأول فقال: حكم الأسير هو المن عليه أو مفاداته وزادوا عليهما الاسترقاق؛ لأن فيه الإبقاء على حياته فهو داخل فى المن أو فى حكمه، وألجأهم إلى هذا أن الرسول ﷺ فعله، وكذلك أصحابه من بعده لتكون السنة منسجمة مع الكتاب العزيز، وقالوا: إن هذه الآية ناسخة للآية الأخرى: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥].

ولعلهم يرون أن قتل الرسول ﷺ لبعض الأسرى كان قبل نزول هذه الآية ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ [محمد: ٤].

ويرى فريق ثالث وعلى رأسه الشافعية: أن الإمام مخير بين خصال أربع: القتل، والرق، والمن، والفداء، وهم جمهور العلماء.

ويرون أن لا نسخ للجهل بالتاريخ أولًا، ولعدم التعارض بين المضمون ثانيًا.

فآية سورة محمد أفادت المن والمفاداة، وآية سورة التوبة أفادت القتل متروكًا لرأى الإمام.

حتى تلتئم مع قوله: ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ وفعل الرسول ﷺ أفاد جواز الاسترقاق.

لا يهمنا هنا استيعاب أدلة كل طرف، ولا التوسع فى بيان أوجه دلالتها ومناقشتها الحساب، وتشريحها على مشرحة العقل الواعى والمنطق الراشد، فإنها جميعًا

تشترك فى التهافت، ولا تستند إلى أساس مكين.

ورأينا الذى انقدح فى القلب نوره، ولاحت عليه بشائر الصدق ودلائل الحق، وذهب إليه بعض القدامى من العلماء، وكثير من الكتاب المحدثين، وإن لم يدعموه بما دعمناه به من أدلة واضحة دامغة وحجج نيرة ساطعة - أن الحكم الأصلى فى أسير الحرب من الكفار ينحصر فى أمرين لا ثالث لهما: المن، والفداء، فأيهما اختار إمام المسلمين ورأى مصلحة المجتمع الإسلامى فيه فعله.

وقدم الله تعالى المن على الفداء، والتقديم فى الذكر يفيد السبق والأفضلية فى الفعل، اللهم إلا أن يكون بنا حاجة إلى المال أو كان لنا أسرى تحت يد الأعداء، فالمفاداة حينئذ بالمال أو بالرجال أولى وأفضل.

وذلك - لما سبق أن بينا - أن الآية رددت الحكم فى الأسرى بالمن أو الفداء بلفظ إما، والترديد بها كما يقول علماء البلاغة والأصول يفيد الحصر.

ولكن الرسول ﷺ قتل بعض الأسرى، كما استرق بعضهم، وهذا يتنافى مع حصر الحكم فى المن والفداء كما أفادت الآية الكريمة.

والمخلص من هذا التناقض بين ظاهر الكتاب العزيز وفعل الرسول ﷺ هو أن الآية لم تتعرض إلا لبيان الحكم الأصلى فى الأسير، وفعل الرسول ﷺ إنما كان بيانًا لحكم عارض دعت إليه ظروف وملابسات خاصة.

فالاسترقاق ثبت للضرورة معاملة للكفار بالمثل، والقتل إنما كان لإذاية بعض الأسرى للمسلمين، أو تعريضهم بالرسول ﷺ أو لنقضهم العهد، وغدرهم بالرسول والمؤمنين.

كما أنه لا تناقض بين قوله تعالى: ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥]، فالأول عام فى الكفار، والثانى خاص بمشركى الجزيرة العربية.

وإنما كان الأول عامًا؛ لقوله تعالى فى صدر الآية:

﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ ﴾ [محمد: ٤] الآية.

وهو صادق بكل كافر مشركًا كان أو كتابيًا من سكان الجزيرة العربية أو من غيرهم لعموم لفظه.

وكان الثانى خاصًا بسكان الجزيرة دون سواهم؛ لانصراف لفظ المشركين إليهم غالبًا حيث كانوا يقيمون بالجزيرة، وكانت الشعوب المحيطة بها أو المتصلة بها فى

ذلك الوقت إما من أهل الكتاب أو ممن لهم شبهة كتاب.

ولأن الله تعالى يقول فى نفس الآية: ﴿ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ ﴾ [التوبة: ٥] وهذا لا يتأتى إلا فى قوم محاطين بالمسلمين من كل الجوانب والنواحى، أو على أقل تقدير متصلين بهم تنالهم أيديهم إن أرادوا بسهولة ويسر، وهذا لا يصدق إلا على مشركى الجزيرة العربية دون سواهم.

ففى الآية إذا ما يبين المراد بالمشركين، وأنهم سكان الجزيرة دون سواهم.

وأيضًا سابق هذه الآية ولاحقها يبين أن المراد بالمشركين فيها سكان الجزيرة وحدهم.

اقرءوا إن شئتم قوله تعالى: ﴿بَرَاءَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدتُّم مِّنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ١] والذين عاهدهم الرسول ﷺ هم مشركو العرب.

وقوله تعالى - وهو من لواحقها -: ﴿كَيْفَ يَكُونُ لِلْمُشْرِكِينَ عَهْدٌ عِندَ اللَّهِ وَعِندَ رَسُولِهِ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدتُّمْ عِندَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: ٧].

وهذه الحال لا تنطبق إلا على سكان الجزيرة وحدهم الذين عاهدهم الرسول فخاسوا بالعهد ثم احتجوا به قبل الرسول ﷺ، فأنكر الله تعالى عليهم أن يكون عهدهم قائمًا وقد نقضوه.

وعلى هذا فحكم الأسرى من غير كفار الجزيرة هو المن عليهم أو مفاداتهم، هذا هو الحكم الأصلى فيهم، ولا يجوز قتلهم إلا لأمر عارض يستوجب ذلك، كأن يكون من أصحاب النكاية فى المؤمنين أو ممن يؤلب عليهم الأعداء ويخشى لو أطلق سراحه أن يعود حربًا عليهم.

كما لا يجوز ضرب الرق عليهم إلا فى حالة واحدة: أن يكونوا من قوم يسترقون المسلمين، معاملة لهم بالمثل.

وأما الأسرى من كفار الجزيرة فالذى استقر فى شأنهم أخيرًا هو وجوب القتل إلا أن يعلنوا إسلامهم، فحكمهم كحكم قومهم لا يهادنون ولا يجوز الإبقاء عليهم، وهم فى الجزيرة إلا أن يدخلوا فيما دخل فيه المسلمون: إيمانًا بالله وبرسوله وإقامة لأركان الإسلام.

يدل لهذا قوله تعالى: ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا

لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا الزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [التوبة: ٥].

أمر تعالى المؤمنين بإخلاء سبيل من أخذوهم - وهم الأسرى من المشركين - إن تابوا بالإسلام، بدليل ما بعده من إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة، وهذا يدل على أنهم كانوا تحت أيدى المؤمنين أسرى غير أرقاء؛ لأن الرقيق لا يطلق سراحه بالإسلام، وإذًا فهم محتجزون تحت أيديهم حتى يؤمنوا، وإلا قتلوا كقومهم من المحاربين، ولو جاز استرقاقهم لما أمرنا بإخلاء سبيلهم بإطلاق إذا ما تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة.

وهذا يؤيد رأى عمر رضى الله عنه فيما سبق: ليس على عربى ملك، فهو مدلول عليه بالكتاب المجيد، كما هو مدلول عليه بعمل الرسول ﷺ، وبمراعاة الإسلام لأعراف العرب وتقاليدهم التى لا تنافى تعاليمه؛ وإذا لم يجز استرقاق مشركى الجزيرة العربية فأولى ألا يجوز المن عليهم ولا مفاداتهم؛ لحكمة شرعية سياسية واجتماعية سبق الكلام عليها.

بعد هذا العرض المستوعب لأحوال الأسير وأحكامه والسير فيه ببحث مدروس عميق دقيق لم نسبق إليه بحمد الله تعالى وتوفيقه، نحب أن نستظهر بإجمال ما يأتى:

إن الذى استقر عليه الإسلام أخيرًا فى شأن مشركى الجزيرة العربية هو:

(أ) الذين لا عهد لهم أو لهم عهد ولم يستقيموا عليه، أمر الرسول ﷺ أن يمنحهم مهلة أربعة شهور يسيحون فيها فى الجزيرة ما شاءوا آمنين من الاعتداء عليهم من قبل المسلمين، وعليهم أن يغادروا الجزيرة بعدها إن لم يثوبوا إلى رشدهم ويعتنقوا الإسلام، وكان هذا من الله تعالى بمثابة إنذار لهم وإعذار معًا، فمن بقى بعدها مقيمًا على الشرك فهو الجانى على نفسه، اقرءوا إن شئتم قوله تعالى: ﴿بَرَآءَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى الَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ الْمُشْرِكِينَ فَسِيحُوا فِى الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَاعْلَمُوٓا أَنَّكُمْ غَيْرُ مُعْجِزِى اللَّهِ وَأَنَّ اللَّهَ مُخْزِى الْكَٰفِرِينَ﴾ [براءة: ١-٢].

(ب) فإذا انسلخت هذه المهلة وهم مقيمون فى الجزيرة على الشرك فقد تحدوا إرادة الله تعالى وإرادة الرسول واختاروا الحرب على السلام؛ ولذا فقد وجبت محاربتهم وتضييق الخناق عليهم حتى يؤمنوا ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة وإلا أبيدوا

عن آخرهم، ولا سيما ولهم سوابق من هذا القبيل مع الرسول والمؤمنين، تآمروا على قتلهم وطردهم من ديارهم وقلوبهم مع هذا تضطرم بالحقد والضغينة على الإسلام ورسوله والمؤمنين معه بحيث لو وجدوا فرصة للقضاء عليهم لم يضيعوها، اقرءوا قوله تعالى: ﴿كَيْفَ وَإِن يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً يُرْضُونَكُم بِأَفْوَاهِهِمْ وَتَأْبَىٰ قُلُوبُهُمْ وَأَكْثَرُهُمْ فَاسِقُونَ﴾ [التوبة: ٨].

وقد دل على هذا الحكم قوله تعالى: ﴿فَإِذَا انسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [التوبة: ٥].

وحكم أسراهم حينئذ هو حكمهم: تطهيرًا للجزيرة العربية - مهد الإسلام ومنبعه الصافي، وقبلة المسلمين - من الشرك وأهله.

(ج) وأما الذين لهم عهد وحافظوا عليه، فقد وجب على الرسول والمؤمنين أن يحافظوا من قبلهم على العهد المعطى لهم حتى تنقضى مدته، فإذا ما انقضت أصبح لا عهد لهم ولا ميثاق، وصار حكمهم حكم غيرهم ممن لا عهد له ولا ميثاق، اقرءوا قوله تعالى: ﴿كَيْفَ يَكُونُ لِلْمُشْرِكِينَ عَهْدٌ عِندَ اللَّهِ وَعِندَ رَسُولِهِ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدتُّمْ عِندَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: ٧].

وأما غير مشركى الجزيرة العربية، فالحكم الأصلى فيهم هو مسالمتهم ما سالموا المسلمين، فإن اعتدوا وجب مقابلة اعتدائهم باعتداء مثله، والبادى أظلم.

والحكم الأصلى فى أسراهم هو المن عليهم أو مفاداتهم، مصداقًا لقوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤].

ويجوز استرقاقهم إن استرق قومهم أسرى المسلمين معاملة لهم بالمثل، ولا يجوز استرقاقهم بأية حال إن كانوا من قوم لا يرون الرق شرعة لهم.

وإذا أصبح إنكار الرق عرفًا عامًا أو محرمًا دوليًا بمقتضى قانون أو ميثاق، لم يجز فى الإسلام الاسترقاق مطلقًا لا إنشاء ولا دواما، وكل رقيق تحت أيديهم فهو حر بحكم الإسلام، ومن خالف منهم فقد غضب الله عليه.

وتحريم الرق دوليًا هو الذى استقر العمل عليه فى أواخر منتصف القرن التاسع عشر، وعلى هذا فالرق أصبح لا وجود له فى قاموس الشريعة الإسلامية التى أنزلت

رحمة من الله وهدى للناس أجمعين، فإن عادوا إليه - وما إخاله يعود - عدنا لها.

تنبيه:

ما تقدم من أحكام قتل الأسرى، أو استرقاقهم، أو المن عليهم، أو فدائهم، بإطلاق حرية الإمام فى ذلك بلا رقيب عليه غير مصلحة المسلمين، إنما هو فى المقاتلة منهم من الذكران البالغين.

وأما من عداهم من الأحبار والرهبان فيتركون وما تفرغوا له.

وأما النساء والصبيان، فجمهور العلماء على أنهم يصيرون أرقاء بمجرد الأسر من غير ما حاجة إلى ضرب رق عليهم.

وعلى هذا فلا يجوز قتلهم؛ لأنهم مال محترم مملوك للفاتحين فلا يضيع عليهم.

ولا يجوز المن عليهم، ولا فداؤهم إلا برضا الغانمين؛ لأن ذلك من حقهم.

وفى رأينا أن الحكم فيهم لا يختلف كثيرًا عن غيرهم، فإن كانوا من الجزيرة العربية فلا يقبل من النساء سوى الإسلام، وإلا قتلهن أو أجلين عن الجزيرة العربية، وأما الصبيان فيتركون إلى البلوغ، ثم يكون حكمهم حكم البالغين عند القتال تطهيرًا للجزيرة عن الشرك وأهله.

وإن كانوا من غير الجزيرة العربية، فالحكم الأصلى فيهم هو المن عليهم أو فداؤهم، لا يجوز غير ذلك البتة إلا من قبيل المعاملة بالمثل، والله أعلم.

وبعد هذا البحث الممتع الذى قدمه شيخنا: محمد عبدالرحمن مندور - عن موقف الإسلام من الرق يختتم حديثه قائلًا:

كان إقرار الإسلام للرق، وانبثاثه فى مختلف أبواب الفقه الإسلامى وتشريعاته المتنوعة - ثغرة ينفذ منها المغرضون للطعن فى الإسلام وأحكامه ومقرراته، وللحط من شأن أهله وأتباعه، وتمادوا فى ذلك إلى حد أنهم أنكروا أن يكون دينًا سماويًا وتشريعًا إلهيًا، وهذه تعاليمه تبيح الرق، وأهله يكثرون منه ويقيمون له الأسواق يباع فيها الإنسان الذى كرمه الله تعالى وصوره فأحسن تصويره بيع المتاع والسلع الثمينة والرخيصة على السواء.

وكذب المغرضون، فلم ينفرد الإسلام بإباحة الرق ووضع التشريعات المختلفة له من سائر الأديان، بل كلها فى ذلك سواء، وعلى أقدار غير جد متفاوتة من حيث الإباحة.

يقول الأستاذ محمد فريد وجدى فى كتابه الإسلام دين عام خالد:

(وقد أقر الإسرائيليون الاسترقاق على ما كان عليه، ولم يتناولوه بأقل تغيير).

ولما جاءت الديانة المسيحية أقرت الاسترقاق وعدته شرعيًا، جاء فى دائرة معارف القرن التاسع عشر فى صفحة ٨٦٥ من المجلد السابع: (الديانة المسيحية لم تستنكر الاسترقاق فى ذاته، ولم تعمل على إبطاله، فإن شرعيته لم تكن قط لديهم موضعًا للبحث).

ثم يقول: (ولدينا نصوص عن بعض القديسين يشيرون فيها على العبيد بوجوب إطاعة سادتهم والصبر على حالاتهم، ويذكرون لهم بأن استرقاقهم مستند إلى أصول إلهية).

ولسنا بهذا نبرئ الإسلام بإلصاق التهمة بغيره من الأديان أو أنها جميعًا فى ذلك على قدم المساواة، فلا يجوز أن يعاب على الإسلام دونها، فإن ذلك فى واقع الأمر تسليم بالطعن على الإسلام وإلصاق التهمة به من حيث أراد المدافعون عنه تبرئة ساحته، شعروا بذلك أم لم يشعروا، فإنها جميعًا من لدن حكيم عليم لطيف بعباده لا يحب الظلم لنفسه ولا يرضاه لعباده، فما يعتبر طعنًا فى سائر الأديان يعتبر طعنًا على الإسلام كذلك إذا ما أقره وسلم به.

ولكنا نرد به على هؤلاء المغرضين الحاقدين على الإسلام وتعاليمه، فنطالبهم بأن يكونوا منصفين عادلين، فلا يخصوا الإسلام بالطعن عليه وحده، فيكونوا كمن يرون القذة فى أعين غيرهم ولا يرون القشة فى أعينهم هم.

وقد ذكرنا فى البحث أن الإسلام أباح الرق معاملة لأعدائه بالمثل، وأقمنا على ذلك العديد من الأدلة المأخوذة من تعاليم الإسلام وسنة رسوله ﷺ، وأقوال أصحابه وأفعالهم، وأن الإسلام من أجل ذلك كان كالمضطر إلى الإبقاء على الرق للأسباب التى ذكرناها فيما سبق.

ولا مانع لدينا مطلقًا من أن تكون هذه الطريقة هى طريقة الأديان الأخرى فى الإبقاء على الرق؛ لأن الله تعالى مجد الإنسان وصوره فى أحسن صورة وكرمه، فقال جل من قائل: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، ومن غير المعقول أن يمن عليه هذه المنة ثم يجعله كالعجماوات التى لا تعقل فيباع ويشترى ويمتهن مثلها.

وإنما الفارق بين الإسلام وغيره من الأديان أن فقهاء المسلمين احتذوا تعاليم الإسلام بإزاء الرق والرقيق فراعوها حق رعايتها، وكلهم على الإيصاء بالرقيق خيرًا، بينما غيرهم من الأحبار والرهبان امتهنوا الرقيق واستعبدوهم وعذبوهم وكلفوهم من العمل ما لا يطيقون، وجعلوا لهذا كله أصلًا إلهيًا وسندًا من الدين الذى ينتمون إليه وهو منهم براء.

ولا ينبغى أن نحتج على امتهان الرقيق عند المسلمين بعمل كثير من أهله؛ فإن هؤلاء كانوا جهلة لا يفقهون قلا ولا كثرًا من أمر دينهم، والمعول عليه فى ذلك هو رأى الفقهاء والمشرعين من رجال الأديان، وهناك فارق كبير بين علماء الإسلام وبين غيرهم من علماء الأديان الأخرى، كما يشهد بذلك المنصفون من رجال علم الأديان المقارن.

وأغلب الظن أن هؤلاء الأحبار والرهبان تأثروا فى آرائهم بما كان سائدًا فى زمانهم وبما ورثوه عمن تقدمهم من سوء معاملة الرقيق، واعتباره سلعة قابلة للتبادل والاعتياض وإشباع الرغبات.

فقد كان الرق معروفًا عند الأمم القديمة والموغلة فى القدم، بل لعله قديم قدم وجود الإنسان على الأرض، كان معروفًا عند قدماء المصريين وعند الأشوريين والبابليين وعند الهنود والصينيين، بل وعند الشعوب المعروفة بالعلم والمدنية فى هذه الأزمان كالإغريق والرومان، كما كان سائدًا فى العصور الوسطى المظلمة عند الأوروبيين وغيرهم، كان نظامًا معروفًا فى المجتمع البشرى كله بلا استثناء.

ولذا كانت الدعوة إلى إلغائه دعوة سابقة لأوانها؛ لأنه كان ملتحمًا بالنظام الاجتماعى والاقتصادى وممتشجًا به امتشاجًا يصعب القضاء عليه إلا بالقضاء على النظام الاجتماعى والاقتصادى السائد فى هذه الأزمان.

فكانت الأديان مضطرة إلى الإبقاء عليه مع الدعوة إلى تحسين حال أهله، ومعاملتهم على أنهم صنف من الناس جار عليهم الزمان وأوقعهم سوء حظهم فيما وقعوا فيه.

فمن أهل الأديان من استجاب لهذه الدعوة، ومنهم من أصم عنها أذنيه وأغلق قلبه دونها، وجارى غيره من الأمم التى لا دين لها ولا خلق.

فقد كان أسير الحرب يقتل بعد أن يهتك عرضه ويمثل به؛ تشفيًا منه وانتقامًا من

قومه وإرهابًا لهم حتى لا يعاودوا الحرب كرة أخرى.

ثم تطور الأمر فأصبح الأسير يعذب جسمانيًا، ويحطم روحيًا، ويسخر فى العمل لمصلحة آسره، وفى بعض المجتمعات كان يعتبر كجزء من أرض سيده يتبعها بيعًا وشراء.

ولما آن للإنسانية أن تتهذب طباعها بعض التهذب، اتخذ الأسير للمتعة وإشباع الرغبات والخدمة وقضاء الحاجات.

ولكنه مع هذا كله بقى سلعة تباع وتشترى ويقايض عليها، بعد أن يضرب عليه الرق ويوضع فى عنقه غل العبودية.

وظل الحال على هذا حتى صدر قانون تحريم الرق فى أواخر القرن التاسع عشر، وإن بقيت بعض الأمم على عاداتها القديمة، فلم تعترف بهذا القانون ولا بآثاره المترتبة عليه، وكان كثير من هؤلاء بكل أسف يتسربلون بسربال الإسلام وهو منهم برىء، وأخيرًا حرموه كما حرمه غيرهم لا اعتقادًا فى حرمته، ولكن هربًا من الخزى والعار الذى كان يلاحقهم أينما حلوا أو رحلوا.

ولكن الأسير مع هذا ظل يحتجز حتى يدفع فدية من المال يعرضها عليه آسروه بالتشهى، وكانت فى الغالب فادحة قاصمة للظهر.

وأخيرًا أصبح ينظر إلى الأسير نظرة ملؤها الإكبار حيث أدى الواجب الذى يحتمه عليه شرفه العسكرى والذود عن حياض وطنه، فصدر عن مؤتمر جنيف الذى انعقد فى سنة ١٩٤٩ م بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية قانون بتحسين أحوال الأسرى وعدم تعذيبهم جسمانيًا، أو تحطيمهم روحيًا، والاعتناء بهم وبصحتهم، ثم بإطلاق سراحهم بعد أن تضع الحرب أوزارها بلا مقابل، اللهم إلا إن كان هناك أسرى من الجانبين، فيكون أسرى كل جانب فى مقابل أسرى الجانب الآخر، بلا مراعاة للكم أو الكيف، وقد يشرف على المبادلة فى هذه الحالة هيئة دولية كهيئة الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر.

هذا هو الذى استقر الأمر أخيرًا عليه فى شأن الأسرى: المن عليهم أو مفاداتهم بأسرى مثلهم، بعد أن تطورت الإنسانية وزالت عنها غشاوة الجاهلية الأولى، واستيقظ فى جنباتها الضمير الحى.

وقد سبقها إلى هذا الذى اعترفت به أخيرًا الدين الإسلامى الحنيف بأربعة عشر

قرنًا فى أحلك عهود الظلم والجهالة، فقرر فى كتابه العزيز أن الأسير ينتظر به إلى أن تضع الحرب أوزارها فيمن عليه أو يفادى، قال تعالى: ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ [محمد: ٤].

وهكذا نجد الإنسانية فى تطورها المستمر تأخذ نفسها بسلوك الإسلام وآدابه، اعترفت بذلك أم لم تعترف.

وهذا من أكبر الأدلة على عظمة الإسلام وأنه دين عام خالد صالح للتطور والتقدم فى كافة العصور، وعند جميع الشعوب.

انتهى كلام العلامة: محمد عبد الرحمن مندور، تغمده الله برحمته[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

ولا يصح إلا من مطلق التصرف فى المال؛ لأنه تصرف فى المال كالبيع والهبة.

فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه؛ لأنه لا يملكه فى أحد القولين ويملكه فى الثانى إلا أنه يبطل به حق البطن الثانى فلم يصح.

وإن أعتق المريض عبدًا وعليه دين يستغرقه لم يصح العتق؛ لأن العتق فى المرض وصية فلم يصح مع الدين. وإن أعتق العبد الجانى فعلى ما ذكرناه فى العبد المرهون.

(الشرح) الأحكام: لا يصح العتق إلا ممن يصح تصرفه فى المال؛ كالبيع والهبة.

وتفصيل ذلك أنه يشترط فيمن يصح منه العتق أن يكون بالغًا، عاقلًا، حرًّا، مالكًا لما يعتقه حالة العتق.

أما اشتراط البلوغ؛ فلأن الصبى إن كان إعتاقه قربة، فهو ليس من أهل القرب؛ لأن القلم مرفوع عنه.

وإن كان إعتاقه ليس قربة، فهو إتلاف محض، وإضاعة للمال فيما لا غرض فيه ولا مصلحة.

وأما اشتراط العقل؛ فلأن المجنون مرفوع عنه القلم؛ فلا يتوجه إليه خطاب الندب، وهو أولى من الصبى فى عدم صحة إعتاقه؛ لأنه زائل العقل والصبى ناقص العقل.

---

(١) ينظر موقف الإسلام من الرق .

وأما اشتراط الحرية؛ فلأن العبد وما ملكت يداه لسيده؛ فهو لا يملك شيئًا، ويدل على أنه لا يملك شيئًا ما روى أن ابن مسعود - رضى الله عنه - كان له عبد أراد أن يعتقه، فقال له: أخبرنى بمالك، فقد سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فَمَالُه للَّذى أَعْتَقَهَ»(١) ذكر هذا الحديث ابن حزم.

وأما اشتراط أن يكون مالكًا للعبد حالة العتق؛ فلقوله ﷺ: «لا عِتْقَ لابْنِ آدَمَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ»(٢).

هذا مذهبنا، وإليه ذهب الحنفية، وخالفنا بعض الحنابلة، فأجازوا عتق الصبى بشرط أن يكون غير سفيه وأن يكون عاقلًا.

وذهب المالكية إلى أنه يشترط فيمن يقع إعتاقه بأن يكون بالغًا عاقلًا، وأن يكون غير محجور عليه فيما أعتق، فلو منعه الحاكم من العتق - لسفهه - فأعتق لا يقع عتقه. وألا يكون مدينًا يحيط الدين بماله، فلو أعتق عبدًا وكان العبد داخلًا فى الدين، لا يقع عتقه.

والظاهر عند المالكية أنه يصح إعتاق العبد؛ لأنه يملك وإن كان محجورًا عليه فيه، ولا ينفذ إلا بإذن سيده(٣).

ووافق المالكية على جواز إعتاق العبد الظاهرية؛ حيث ذهبوا إلى اشتراط البلوغ والعقل والملك حالة العتق والقربة، ولم يشترطوا الحرية؛ بناء على أن العبد يملك عندهم.

واستدلوا على ملكية العبد بقوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ

---

(١) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٥/ ٣٢٦) كتاب العتق، باب ما جاء فى مال العبد.

(٢) أخرجه الطيالسى (٢٢٦٥) وعبد الرزاق (١١٤٥٦) وسعيد بن منصور (١٠٢٠) وأحمد (٢/ ١٨٥ و ١٨٩ و ١٩٠ و ٢٠٧ و ٢١٠) وأبو داود ١/ ٦٦٥ كتاب الطلاق، باب فى الطلاق قبل النكاح (٢١٩٠) و (٢١٩١) و (٢١٩٢) والترمذى (٢/ ٤٧٢) أبواب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح (١١٨١) وفى العلل الكبير (٣٠٢) وابن ماجه ٣/ ٤٤٦ كتاب الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح (٢٠٤٧) والنسائى (٧/ ٢٨٨) كتاب البيوع باب بيع ما ليس عند البائع، والدارقطنى (٤/ ١٤ - ١٥) وابن الجارود (٧٤٣) والطحاوى فى شرح مشكل الآثار (٦٥٩) و (٦٦٠) والحاكم ٢/ ٢٠٥. وأبو نعيم فى أخبار أصبهان ١/ ٢٩٥ والبيهقى ٧/ ٣١٨ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك» واللفظ للترمذى.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقى ٤/ ٣٥٩، والحطاب ٦/ ٣٢٧.

أُجُورَهُنَّ ﴾ [النساء: ٢٥].

قال ابن حزم: إن الخطاب فى هذه الآية عام يشمل الأحرار والعبيد، وقد أمر الله تعالى العبيد بأن يدفعوا المهر لمن يتزوجونهن؛ فدل ذلك على ملكيتهم للمهر(١).

فرع: إذا ثبت هذا: فإن ابن الرفعة - من أصحاب الشافعية - قد ذكر حكاية قول: فى صحة عتق المفلس موقوفًا على أهل الحجر، وبقاء المعتق فى ملكه، وحكاية قول فى صحة عتق الصبى والسفيه فى مرض الموت إذا صححنا وصيتهما ثم قال: ولا فرق فى مطلق التصرف بين أن يكون مسلمًا أو كافرًا، ولا فى الكافر بين أن يكون ذميًّا أو حربيًّا والمعتق مسلم أو حربى؛ كما صرح به ابن الصباغ وغيره، نعم عتق الكافر ليس بقربة منه؛ كما حكاه الرافعى عقيب الكلام فى أن الملك فى الموقوف لم يكون(٢)؟

فرع: فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف، لم يصح عتقه؛ لأنه لا يملكه ملكًا تامًّا.

وإن أعتق فى مرض موته عبدًا له وعليه دين يستغرق تركته، لم يصح؛ لأن عتقه وصية، والدين مقدم على الوصية.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويصح بالصريح والكناية: وصريحه العتق والحرية؛ لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة، والكناية: كقوله سيبتك وخليتك، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لأنها تحتمل العتق، فوقع بها العتق مع النية.

وفى قوله: فككت رقبتك وجهان:

أحدهما: أنه صريح؛ لأنه ورد به القرآن، قال الله سبحانه ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣].

والثانى: أنه كناية؛ لأنه يستعمل فى العتق وفى غيره. وإن قال لأمته: أنت على كظهر أمى ونوى العتق؛ ففيه وجهان:

---

(١) ينظر: المحلى ٩/٢٠٥.
(٢) ينظر: الكفاية خ.

أحدهما: تعتق؛ لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة؛ فكان كناية فى العتق كسائر الطلاق.

والثانى: لا تعتق؛ لأنه لا يزيل الملك فلم يكن كناية فى العتق بخلاف الطلاق.

(الشرح) الأحكام: تنقسم الألفاظ التى يقع بها العتق إلى نوعين: صريح وكناية.

ويقع العتق بالصريح من غير نية وبالكناية مع النية.

وصريح العتق: الحرية والعتق، وماتصرف منهما؛ لأنه ثبت لهما عرف الشرع واللغة.

وصورته أن يقول: أعتقتك، أو أنت معتق، أو عتيق، أو حررتك، أو أنت حر، أو محرر.

ولا فرق بين أن يأتى بهذه الألفاظ على قصد إيقاع العتق أو لا؛ لقوله ﷺ «ثَلَاثَةٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وهَزْلُهنَّ جِدٌّ...»(1) وعد من جملتها العتق.

أما الكنائى من ألفاظ العتق، فمثل: لا سبيل عليك، ولا ملك لى عليك؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الإعتاق؛ لأن السيد له سبيل على العبد من جهة أن العبد لا يتصرف إلا بإذن سيده، فإذا نوى العتق أصبح السيد لا سبيل له على عبده، وإذا نوى عدم العتق صدق، كما إذا قال: نويت نفى السبيل كذبًا أو تهكمًا، ومثل ذلك لا ملك عليك؛ لأنى بعتك، فلا يعتق، أو لا ملك عليك؛ لأنى أعتقتك فيعتق(2) ومن كناياته - أيضًا -: خليتك، وسيبتك، وحبلك على غاربك وأنت لله، وأنت طالق، وغير ذلك، لأنها جميعها ألفاظ تحتمل العتق وغيره فوقع بها العتق مع النية.

وهذا الذى ذكرناه يكاد يكون محل إجماع بين المذاهب، إلا ما ذهبت إليه طائفة الأمامية من أن صريح العتق: التحرير، وفى لفظ العتق تردد، ولا اعتبار بغير ذلك من الكنايات وإن قصد وهذا مما لا يخفى ضعفه.

فرع: فإن قال لأمته: أنت على كظهر أمى، ونوى به العتق - ففيه وجهان:

أحدهما: تعتق؛ لأنه يوجب تحريم الزوجة؛ فأشبه الطلاق.

والثانى: لا تعتق؛ لأنه لا يزيل الملك عن الزوجة، فهو كالإيلاء.

---

(1) تقدم.

(2) ينظر: تبيين الحقائق (٧/ ١٦٧).

وإن قال: فككت رقبتك، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه صريح فى العتق؛ لقوله تعالى ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣].

والثاني: يحتمل أنه كناية فى العتق؛ لأنه يستعمل فى العتق وغيره.

هذا ما ذكره العمرانى فى البيان، وفصَّل المسألتين ابن الرفعة فى الكفاية فقال:

وفى قوله للجارية: أنت عليَّ كظهر أمى، أو أنا منك حرٌّ - وجهان فى أن ذلك كناية أو ليس بكناية، والمختار فى (المرشد) فى الأولى الثانى.

والأول هو الذى قال به أكثر أصحابنا فى الثانية؛ كما قاله فى (المهذب) فى كتاب الطلاق وماعدا ذلك من صرائح الطلاق وكناياته؛ وهو كناية فى العتق؛ قاله فى (التهذيب) وتعليق البندنيجى، وجعل فى (التتمة) فى أول كتاب الصلح قول السيد لعبده: (ملكتك رقبتك) كناية، حيث قال: لا يعتق من غير نيَّة، وهو ما حكاه فى (البحر) عن (الأم)، وألحق به ما إذا قال: ملكتك على نفسك، فإذا أراد العتق وقع.

وجزم فى (التهذيب) وتعليق القاضى الحسين بأنه إذا قال: وهبتك نفسك أو ملكتك، - وقبل فى المجلس - بالعتق، وأنه إذا لم يقبل فى المجلس، لم يعتق.

قال: وفى قوله: فككت رقبتك وجهان، أحدهما: أنه صريح؛ لأنه قد ورد به القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣]

والثانى: أنه كناية؛ لأنه يستعمل فى العتق وغيره وهذا هو الأصح فى الجيلى، والأول جزم به البندنيجى، وقال فى (البحر): إنه ظاهر المذهب نص عليه فى (الأم) لكنه صور المسألة بما إذا قال: فككت رقبتك من الرق ثم حكى عن بعضهم الوجهين فيه أيضًا.

ومادة هذا الخلاف أنه إنما ورد فى القرآن مرة واحدة ولم يتكرر على لسان حملة الشريعة، هل يكون صريحًا أو كناية؟

فرع: لو قال لعبده: (أعتقك الله) قال القاضى الحسين: لا يعتق؛ لأنه دعا له بالإعتاق.

وجزم العبادى فى الزيادات بأنه يعتق، وطرده فيما إذا قال لامرأته: (طلقك الله)؛ لأن الله لا يطلق، وإلا هى طالق.

وقال القاضى: إذا قال لعبده: (أعتقك الله) الظاهر أن هذا صريح فى العتق.

قال: ويقع العتق بالصريح من غير نية؛ لأن حقيقة الصريح فى الشىء ما لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، مأخوذ من قولهم: (نسب صريح) أى: خالص؛ لا خلل فيه، وإذا كان كذلك، فلا معنى لتقويته بالنية.

قال: ولا يقع بالكناية إلا بالنية؛ لأن اللفظ محتمل للعتق وغيره، فافتقر فى الصحة إلى النية، لأجل التمييز، كما فى الإمساك فى الصوم، ولا فرق فى ذلك بين أن يحتف بالكناية قرينة أم لا.

ويجوز أن يعلق العتق على الأحداث والصفات؛ كسقوط الأمطار وهبوب الرياح، وغير ذلك من الصفات: كقدوم زيد، ومجىء الشهر، ودخول الدار، ونحو ذلك؛ لأنه تعليق قربة سارية على صفة؛ فجاز قياسًا على التدبير.

وقولنا: (سارية) يخرج الوقف. انتهى كلام ابن الرفعة[١].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه: فإن كان موسرًا قوم عليه نصيب شريكه وعتق، لما روى ابن عمر - رضى الله عنهما - أن النبى ﷺ قال: «من أعتق شركا له فى عبد، فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم، وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق».

وإن كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر، فالمنصوص: أنه يقوم عليه.

فمن أصحابنا من قال: إذا قلنا إن الكافر لا يملك العبد المسلم لم يقوم عليه؛ لأن التقويم يوجب التمليك.

ومنهم من قال: يقوم عليه قولًا واحدًا؛ لأنه تقويم متلف؛ فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات.

ويخالف البيع؛ لأن القصد منه التمليك، وفى ذلك صغار على الإسلام. والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه.

فإن كان نصف العبد وقفًا ونصفه طلقًا فأعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف؛ لأن التقويم يقتضى التمليك والوقف لا يملك، ولأن الوقف لا يعتق

---

(١) ينظر الكفاية خ .

بالمباشرة، فلألَّا يعتق بالتقويم أولى.

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه مالك[١]، ومن طريق مالك أخرجه الشافعى فى مسنده[٢]، والبخارى[٣]، ومسلم[٤]، وأبو داود[٥]، وابن ماجه[٦]، وابن الجارود فى المنتقى[٧]، وأبو يعلى[٨]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار»[٩]، وأحمد[١٠]، والبيهقى[١١]، وأبو نعيم فى الحلية[١٢]، كلهم من طريق نافع عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركًا فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق».

وقد اختلف فى زيادة «فقد عتق منه ما عتق» هل هى من قوله ﷺ أم هى من قول نافع؟ وقد رواه بعضهم عن نافع عن ابن عمر بهذه الزيادة من قول النبى ﷺ: كمالك، وجرير بن حازم، وعبيد الله بن عمر، وإسماعيل بن أمية:

أما رواية مالك فقد تقدمت، وهى الرواية السابقة.

وأما رواية جرير بن حازم:

فأخرجها مسلم[١٣]، وأحمد[١٤]، والبيهقى[١٥]، كلهم من طريق جرير بن حازم عن نافع عن ابن عمر به بلفظ: «من أعتق نصيبًا له فى عبد، فكان له من المال قدر ما

---

(١) (٢/ ٧٧٢) كتاب: العتق والولاء، باب: من أعتق شركاء له فى مملوك، حديث (١).
(٢) (٢/ ٦٦) كتاب: العتق، باب: ما جاء فى العتق وحق المملوك، حديث (٢١٧).
(٣) (٥/ ١٥١) كتاب: العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢٢).
(٤) (٢/ ١١٣٩) كتاب: العتق، حديث (١/ ١٥٠١).
(٥) (٤/ ٢٥٦) كتاب: العتق، باب: من روى أنه لا يستسعى، حديث (٣٩٤٠).
(٦) (٢/ ٨٤٤) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد، حديث (٢٥٢٨).
(٧) حديث (٩٧٠).
(٨) (١٠/ ١٧٧) رقم (٥٨٠٢).
(٩) (٣/ ١٠٦) كتاب: العتاق، باب: العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما.
(١٠) (٢/ ١١٢، ١٥٦).
(١١) (١٠/ ٢٧٤) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا فى عبد وهو موسر.
(١٢) (٩/ ١٦٠).
(١٣) (٣/ ١٢٨٦) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركا له فى عبد، حديث (٤٩/ ١٥٠١).
(١٤) (٢/ ١٠٥).
(١٥) (١٠/ ٢٧٩) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا فى عبد وهو معسر.

يبلغ قيمته - قوم عليه قيمة عدل، وإلا فقد عتق منه ما عتق».

وأما رواية عبيد الله بن عمر:

فأخرجها البخارى[١]، ومسلم[٢]، وأبو داود[٣]، وأحمد[٤]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[٥]، والدارقطنى[٦]، والبيهقى[٧]، كلهم من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شركًا له فى مملوك فعليه عتقه كله إن كان له مال يبلغ ثمنه، فإن لم يكن له مال يقوم عليه قيمة عدل على المعتق، فأعتق منه ما أعتق». هذا لفظ البخارى.

وأما رواية إسماعيل بن أمية:

فأخرجها الدارقطنى[٨] من طريق إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركًا له فى عبد أقيم عليه قيمه عدل فأعطى شركاءه، وعتق عليه العبد إن كان موسرا، وإلا عتق منه ما عتق، ورق ما بقى».

ومن هذه الروايات نجد أنه قد اتفق على رواية هذا الحديث بزيادة: «وإلا عتق منه ما عتق» كل من مالك، وجرير بن حازم، وعبيد الله بن عمر، وإسماعيل بن أمية.

وقد رواه بعضهم عن نافع عن ابن عمر بدون هذه الزيادة وهم جويرية بن أسماء، ومحمد بن إسحاق، والليث بن سعد، وموسى بن عقبة، وابن أبى ذئب، وصخر بن جويرية، والزهرى، وأسامة بن زيد، وهشام بن سعد:

رواية جويرية بن أسماء:

أخرجه البخارى[٩]، وأبو داود[١٠]، والبيهقى[١١]، من طريق جويرية بن أسماء.

---

(١) (٥/ ١٥١) كتاب: العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢٣).

(٢) (٣/ ١٢٨٦) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركا له فى عبد، حديث (٤٨/ ١٠٥١).

(٣) (٤/ ٢٥٧) كتاب: العتق، باب: من روى أنه لا يستسعى، حديث (٣٩٤٣).

(٤) (٢/ ١٤٢).

(٥) (٣/ ١٠٦) كتاب: العتاق، باب: العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما.

(٦) (٤/ ١٢٣ - ١٢٤) كتاب: المكاتب، حديث (٧).

(٧) (١٠/ ٢٨٠) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد وهو معسر.

(٨) (٤/ ١٢٣ - ١٢٤) كتاب: المكاتب، حديث (٧).

(٩) (٥/ ١٣٧) كتاب: الشركة، باب: الشركة فى الرقيق، حديث (٢٥٠٣).

(١٠) (٤/ ٢٥٧) كتاب: العتق، باب: من روى أنه لا يستسعى، حديث (٣٩٤٥).

(١١) (١٠/ ٢٧٧) كتاب: العتق، باب: يعتق بالقول ويدفع بالقيمة.

رواية محمد بن إسحاق:

أخرجها الطحاوى فى شرح معانى الآثار[١]، من طريق محمد بن إسحاق.

رواية الليث بن سعد:

أخرجها مسلم[٢]، وأحمد[٣]، والبيهقى[٤]، من طريق الليث بن سعد.

رواية موسى بن عقبة:

أخرجها البخارى[٥]، والبيهقى[٦]، من طريق موسى بن عقبة.

رواية ابن أبى ذئب:

أخرجها مسلم[٧]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[٨]، والبيهقى[٩]، كلهم من طريق ابن أبى ذئب.

رواية صخر بن جويرية:

أخرجها الدارقطنى[١٠]، والطحاوى[١١]، من طريق صخر.

رواية الزهرى:

أخرجها الدارقطنى[١٢] من طريق الزهرى.

رواية أسامة بن زيد:

أخرجها مسلم[١٣]، والبيهقى[١٤]، من طريق أسامة بن زيد.

---

(١) (٣/ ١٠٥) كتاب: العتاق، باب: العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما .
(٢) (٣/ ١٢٨٦) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له فى عبد حديث (٤٩/ ١٥٠١) .
(٣) (٢/ ١٥٦) .
(٤) (١٠/ ٢٧٥) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد وهو موسر .
(٥) (٥/ ١٥١) كتاب: العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢٥) .
(٦) (١٠/ ٢٧٥) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد وهو موسر .
(٧) (٣/ ١٢٨٦) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركا له فى عبد .
(٨) (٣/ ١٠٦) كتاب: العتاق، باب: العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما .
(٩) (١٠/ ١٧٥) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد وهو موسر .
(١٠) (٤/ ١٢٩) كتاب: المكاتب، الحديث (١٣) .
(١١) (٣/ ١٠٦) كتاب: العتاق، باب: العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما .
(١٢) (٤/ ١٢٣) كتاب: المكاتب، حديث (٦) .
(١٣) (٣/ ١٢٨٦) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له فى عبد، حديث (٤٩/ ١٥٠١) .
(١٤) (١٠/ ٢٧٥) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركا له فى عبد وهو موسر .

رواية هشام بن سعد:

أخرجها البيهقى[١]، من طريق هشام بن سعد.

كلهم عن نافع عن ابن عمر دون هذه الزيادة.

وقد رواه أيوب ويحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر، وقد شكَّا فى كونها مرفوعة أو هى من قول نافع:

رواية أيوب:

أخرجها البخارى[٢]، ومسلم[٣]، وأحمد[٤]، وعبد الرزاق[٥]، وأبو داود[٦]، والترمذى[٧]، والنسائى[٨]، والبيهقى[٩]، كلهم من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال: «من أعتق نصيبًا له فى مملوك أو شركًا له فى عبد، فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل، فهو عتيق»، قال نافع: وإلا فقد عتق منه ما عتق. قال أيوب: لا أدرى أشىء قاله نافع أو شىء فى الحديث. لفظ البخارى.

وقال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح.

رواية يحيى بن سعيد:

أخرجها مسلم[١٠]، والبيهقى[١١]، من طريق يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر بمثل رواية أيوب.

قال يحيى: لا أدرى أشىء من قبله كان يقوله - أى نافع - أم هو شىء فى الحديث؟

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح[١٢]: هذا شك من أيوب فى هذه الزيادة المتعلقة

---

(١) (١٠/٢٧٧) كتاب: العتق، باب: يعتق بالقول ويدفع بالقيمة .
(٢) (٥/١٥١) كتاب: العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢٤) .
(٣) (٣/١٢٨٦) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له فى عبد، حديث (٤٩/١٥٠١) .
(٤) (٢/١٥) .
(٥) (٩/١٥١) رقم (١٦٧١٥) .
(٦) (٤/٢٥٧) كتاب: العتق، باب: من روى أنه لا يستسعى، حديث (٣٩٤٢) .
(٧) (٣/٦٢٩) كتاب: الأحكام، باب: العبد يكون بين الرجلين، حديث (١٣٤٦) .
(٨) (٧/٣١٩) كتاب: البيوع، باب: الشركة فى الرقيق .
(٩) (١٠/٢٧٦ - ٢٧٧) كتاب: العتق، باب: يكون حرًا يوم تكلم بالعتق .
(١٠) (٣/١٢٨٦) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له فى عبد، حديث (٤٩/١٥٠١) .
(١١) (١٠/٢٧٧) كتاب: العتق، باب: يعتق بالقول ويدفع بالقيمة .
(١٢) (٥/١٨٤) .

بحكم المعسر، هل هي موصولة مرفوعة أو منقطعة مقطوعة، وقد رواه عبد الوهاب عن أيوب فقال في آخره: وربما قال: «وإن لم يكن له مال فقد عتق منه ما عتق» وربما لم يقله، وأكثر ظني أنه شيء يقوله نافع من قبله، أخرجه النسائي، وقد وافق أيوب على الشك في رفع هذه الزيادة: يحيى بن سعيد عن نافع، أخرجه مسلم والنسائي.

ولفظ النسائي: وكان نافع يقول: قال يحيى: لا أدرى أشيء كان من قبله يقوله أم شيء من الحديث، فإن لم يكن عنده فقد جاز ما صنع. ورواها من وجه آخر عن يحيى فجزم أنها عن نافع وأدرجها في المرفوع من وجه آخر، وجزم مسلم بأن أيوب ويحيى قالا: لا ندرى أهو في الحديث أو شئ قاله نافع من قبله؟ ولم يختلف عن مالك في وصلها ولا عن عبيد الله بن عمر، لكن اختلف عليه في إثباتها وحذفها كما تقدم، والذين أثبتوها حفاظ، فإثباتها عن عبيد الله مقدم، وأثبتها - أيضا - جرير بن حازم، وإسماعيل بن أمية عند الدارقطني، وقد رجح الأئمة رواية من أثبت هذه الزيادة مرفوعة، قال الشافعي: لا أحسب عالمًا بالحديث يشك في أن مالكا أحفظ لحديث نافع من أيوب؛ لأنه كان ألزم له منه حتى ولو استويا فشك أحدهما في شيء لم يشك فيه صاحبه كانت الحجة مع من لم يشك، ويؤيد ذلك قول عثمان الدارمي: قلت لابن معين: مالك في نافع أحب إليك أو أيوب؟ قال: مالك ا هـ.

وقد توبع نافع على هذا الحديث، تابعه سالم بن عبد الله بن عمر:

أخرجه البخاري[(١)]، ومسلم[(٢)]، وأبو داود[(٣)]، والترمذي[(٤)]، والنسائي[(٥)]، وأحمد[(٦)]، وعبد الرزاق[(٧)]، والحميدي[(٨)]، والطحاوي في شرح معاني الآثار[(٩)]،

---

(١) (١٧٩/٥) كتاب: العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢١).
(٢) (١٢٨٧/٣) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له في عبد، حديث (٥٠، ٥١/ ١٥٠١).
(٣) (٢٥٨/٤) كتاب: العتق، باب: من روى أنه لا يستسعى، حديث (٣٩٤٦).
(٤) (٦٢٩/٣) كتاب: الأحكام، باب: العبد يكون بين الرجلين، حديث (١٣٤٧).
(٥) (٣١٩/٧) كتاب: البيوع، باب: الشركة في الرقيق.
(٦) (٣٤/٢).
(٧) (١٥٠/٩) رقم (١٦٧١٢).
(٨) (٢٩٥/٢) رقم (٦٧٠).
(٩) (١٠٦/٣) كتاب: العتاق، باب: العبد يكون بين الرجلين.

وابن حبان[١]، والبيهقى[٢]، كلهم من طريق سالم عن أبيه عن النبى ﷺ قال: «من أعتق عبدًا بين اثنين فإن كان موسرًا قوم عليه ثم يعتق».

قال الترمذى: حسن صحيح.

الأحكام: إن كان عبد بين نفسين، فأعتق أحدهما نصيبه فيه، فإن كان معسرًا بقيمة باقيه، عتق نصيبه ورق نصيب شريكه.

وإن كان موسرًا بقيمة نصيب شريكه، بحيث يملك قيمة نصيب شريكه فاضلًا عن قوت يومه - سرى عتقه إلى نصيب شريكه، وعتق عليه، وقوم عليه نصيب شريكه.

هذا مذهبنا، ومذهب المالكية والحنابلة.

وقال أبو حنيفة: لا يسرى، وإنما يستحق إعتاق نصيب الشريك: فإن كان المعتق معسرًا، كان المالك للنصيب مخيرًا بين شيئين: بين أن يعتق نصيب نفسه ويكون الولاء بينه وبين شريكه، وبين أن يستسعى العبد فى قيمة نصيبه، فإذا أداه، عتق عليه، وكان الولاء بينه وبين شريكه.

وإن كان المعتق موسرًا، كان شريكه مخيرًا بين ثلاثة أشياء: بين أن يعتق نصيبه، وبين أن يستسعى العبد فى قيمة نصيبه ويكون الولاء بينهما فى هذين، وبين أن يضمن شريكه المعتق قيمة نصيبه ويكون جميع الولاء للشريك المعتق، ثم يرجع المعتق فى سعاية العبد بما غرمه من قيمته.

وعلة هذه الخيارات الثلاثة عنده ما يلى:

أما أنه مخير بين أن يعتق نصيبه؛ فلأن العتق لا يتجزأ عنده، فإذا أعتق شريكه نصيبه، فالشريك الساكت لم يزل ملكه على العبد، فله أن يعتق نصيبه.

وأما أنه له أن يضمن شريكه قيمة نصيبه؛ فلقوله ﷺ فى الرجل يعتق نصيبه «إِنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا اسْتَسْعَى العَبْدُ فى حِصَّةِ الآخَرِ»[٣].

وأما أن له أن يستسعى العبد مع يسار المعتق؛ فلاحتباس قيمة نصيبه فى العبد فله أن يستسعيه مع يسار المعتق، ولما كان العبد فقيرًا لا يمكن تضمينه فله أن يستسعيه.

وذهب الصاحبان والظاهرية والإمامية والزيدية والإباضية إلى أنه ليس للشريك

---

(١) (٤٣١٢ - الإحسان).

(٢) (١٠/ ٢٧٥) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد وهو موسر.

(٣) يأتى تخريجه.

الساكت إلا أن يضمن المعتق إن كان موسرًا، أو يستسعى العبد إن كان معسرًا؛ لقوله ﷺ: «إِنْ كَانَ مُوسِرًا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَى العَبْدُ فِي حِصَّةِ الآخَرِ»[١] وليس له أن يعتق نصيبه؛ لأن العتق لا يتجزأ عندهم، فإذا عتق البعض عتق الكل[٢].

وقال ابن أبى ليلى، وابن شبرمة، والثورى، وأبو يوسف، ومحمد: يسرى العتق فى الحال بكل حال: فإن كان المعتق موسرًا، غرم قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسرًا، استسعى العبد فى قيمة نصيبه.

وقال ربيعة: لا يعتق نصيب الشريك بحال إلا أن يرضى الشريك.

وقال عثمان البتى: لا يعتق نصيب الشريك بحال.

دليلنا: ما روى ابن عمر - رضى الله عنهما -: أن النبى ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَإِنْ كَانَ مَعَه مَا يَبْلُغُ ثَمَن العبد، قُوِّمَ عَلَيه قِيمَةُ عَدْلٍ، وأَعْطَى شُرَكَاءَه حِصَصَهُم، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ، ورقَّ مِنْهُ ما رقَّ».

ونكتفى ههنا بهذا الدليل، ونرجئ بسط بقية الأدلة، وتفنيد ما ذهب إليه أبو حنيفة وغيره إلى أن يأتى حديثنا عن أحكام الفصل الذى يقول فيه المصنف: «وإن كان المعتق معسرًا. . .».

هذا إذا كان العبد بين مسلمين، أما إذا كان العبد بين كافرين، أو بين كافر ومسلم، فتفصيل القول فيه كالتالى:

الحالة الأولى:

أن يكون بين كافرين، فللعبد حالتان:

إحداهما: أن يكون كافرًا، فلا اعتراض عليهما فى عتقه، ما لم يتحاكموا فيه إلينا، فإن تحاكموا فيه إلى حاكمنا، ففى وجوب حكمه بينهما قولان:

أحدهما: لا يجب، ويكون فيه مخيرًا، وهم فيه مخيرون.

والقول الثانى: يجب عليه الحكم، ويجب عليهم الالتزام، ويحكم بما يوجبه

---

(١) أخرجه البيهقى (١٠/ ٢٨٣) من طريق سعيد بن المسيب: قال كان ثلاثون من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: إذا أعتق الرجل العبد بينه وبين الرجل فهو ضامن إن كان موسرا، وإن كان معسرًا سعى بالعبد صاحبه فى نصف قيمته غير مشقوق عليه. وقال: هذا أيضًا ضعيف .

(٢) ينظر مذهب الحنفية فى الزيلعى (٣/ ٧٣)، والمحلى (٩/ ٢٠٠) .

حكم الإسلام.

والحال الثانية: أن يكون العبد مسلمًا، فعلى حاكمنا أن يحكم بينهما فيه، وعليهما التزام حكمه؛ لتعلقه بحق المسلم؛ فينفذ عتق المعتق وينظر حاله.

فإن كان موسرًا، وقيل: يسرى عتقه بلفظه، لم يعترض عليه فى دفع القيمة، ما لم يطالب بها الشريك، وكان له جميع ولائه، ولا يمتنع ثبوت الولاء لكافر على مسلم؛ لأنه كالنسب الذى يستوى فيه المسلم والكافر.

وإن قيل: إنه لا يعتق حصة الشريك إلا بدفع القيمة أو إنه موقوف مراعى، فعلى الحاكم أن يأخذ المعتق بتعجيل القيمة؛ ليتعجل بها عتق المسلم، ولا يبقى عليه رق لكافر، فإن عجلها وإلا أخذها الحاكم من ماله جبرًا، فإن قبلها الشريك وإلا أعتقه عليه حكمًا.

والحالة الثانية: أن يكون أحدهما مسلمًا والآخر كافرًا، فللعبد حالتان:

إحداهما: أن يكون كافرًا، فيستوى فيه حكم الشريكين، سواء كان المعتق مسلمًا أو كافرًا، وسواء كان معسرًا أو موسرًا.

والحال الثانية: أن يكون العبد مسلمًا فلا يخلو حال معتقه منهما أن يكون هو المسلم، أو الكافر.

فإن كان هو المسلم، عتقت حصته، وكان له ولاؤها، فإن كان موسرًا قوم عليه باقيه.

فإن قيل بنفوذ عتقه بسراية لفظه، وقفت القيمة على مطالبة الشريك بها.

وإن قيل: إن عتقه لا يسرى إلا بدفع القيمة، أخذ بتعجيلها؛ لأنه يتعجل عتق العبد، ولا يستديم الكافر ملك رقه، فإن كان معسرًا لم يسر عتقه، وقيل للشريك الكافر لا يقر ملكك على استرقاق مسلم، وأنت بين خيارين: إما أن تعتقه، أو تبيعه على مسلم، فإن دبره لم يقر تدبيره؛ لما فيه من استبقاء رقه مدة حياته.

وإن كاتبه ففى إقراره على كتابته قولان.

وإن كان المعتق هو الكافر نفذ عتقه فى حصته، ونظر: فإن كان معسرًا لم يسر عتقه وأقر رق باقيه على ملك الشريك المسلم.

وإن كان موسرًا:

فإن قيل بسراية عتقه بلفظه، عتق عليه وكان فيها كالمسلم؛ لأنه يغرم قيمة

متلف، يستوى فيه المسلم والكافر.

وإن قيل: إن عتقه لا يقع إلا بدفع القيمة، فقد اختلف أصحابنا فى هذا التقويم، هل يجرى مجرى البيع، أو مجرى قيمة مستهلك؟ على وجهين:

أحدهما -وهو قول المزنى، وبعض المتأخرين -: أنه تقويم مستهلك.

فعلى هذا يقوم عليه كتقويمه على المسلم، ويأخذ بتعجيل القيمة، ليتعجل بها العتق.

والوجه الثانى - وهو قول شاذ من المتأخرين -: أنه يجرى مجرى البيع، فعلى هذا يكون جواز تقويمه فى حق الكافر على قولين من ابتياع الكافر لعبد مسلم:

أحدهما: يبطل البيع، ويبطل التقويم، ويكون ملك رقه باقيًا على الشريك المسلم.

والقول الثانى: لا يبطل البيع، ولا يبطل التقويم، ويعتق فى حق الكافر كما يعتق فى حق المسلم.

وهذا أظهرهما فى التقويم، والأول أظهرهما فى البيع؛ لإفضاء التقويم إلى العتق، وإفضاء البيع إلى الملك[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وتجب قيمة النصيب عند العتق؛ لأنه وقت الإتلاف: ومتى يعتق؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يعتق فى الحال، فإن كانت جارية فولدت كان الولد حرًا، لما روى أبو المليح عن أبيه: «أن رجلًا أعتق شقصًا له من غلام، فذكر ذلك للنبى ﷺ فقال: ليس لله شريك». وفى بعضها «فأجاز عتقه».

والثانى: أنه يقع بدفع القيمة، فإن كان جارية فولدت كان نصف الولد حرًا، ونصفه مملوكًا، لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبى ﷺ: «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان موسرًا يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق». ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض كعتق المكاتب.

والثالث: أنه مراعى، فإن دفع العوض حكمنا بأنه عتق فى الحال، وإن لم يدفع

(١) ينظر الحاوى (١٨/ ١٩ - ٢٠).

حكمنا بأنه لم يعتق؛ لأنا إذا أعتقناه فى الحال أضررنا بالشريك فى إتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض، وإن لم نعتقه أضررنا بالعبد فى إبقاء أحكام الرق عليه.

فإذا قلنا: إنه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر، فإن دفع القيمة كان حكمه حكم القول الأول، وإن لم يدفع كان حكمه حكم القول الثانى.

فإن بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها، وإن طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها. فإن أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا: إن العتق يقف على الدفع فالعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل إلى حقه، فإن أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما فى العتق من حق الله تعالى. فإن أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى على بن أبى هريرة -: أنه يعتق؛ لأنه عتق صادف ملكه.

والثانى - وهو المذهب -: أنه لا يعتق؛ لأن العتق مستحق من جهة المعتق، والولاء مستحق لله، فلا يجوز إبطاله عليه.

(فصل) وإن كان بين اثنين جارية فأحبلها أحدهما - ثبت حرمة الاستيلاد فى نصيبه، وفى نصيب الشريك الأقوال التى ذكرناها فى العتق؛ لأن الاستيلاد كالعتق فى إيجاب الحرية فكان كالعتاق فى التقويم والسراية.

(الشرح) حديث أبى المليح عن أبيه أخرجه أبو داود[1]، وأحمد[2]، والنسائى فى الكبرى[3]، والبيهقى[4]، من طريق قتادة عن أبى المليح عن أبيه، به.

قال النسائى: أرسله سعيد بن أبى عروبة، وهشام عن قتادة عن أبى سليم أن رجلًا... فذكر الحديث.

وقال: وهشام وسعيد أثبت من همام فى قتادة، وحديثهما أولى بالصواب.

وقال الحافظ فى الفتح[5] عن الحديث الموصول: إسناده قوى.

وأما حديث سالم عن أبيه فقد تقدم تخريجه.

---

(١) (٤/ ٢٥١) كتاب: العتق، باب: من أعتق نصيبًا له فى مملوك حديث (٣٩٣٣).

(٢) (٥/ ٧٤، ٧٥).

(٣) (٣/ ١٨٦) كتاب: العتق، باب: العبد يكون للرجل فيعتق بعضًا.

(٤) (١٠/ ٢٧٣) كتاب: العتق، باب: من أعتق من مملوكه شقصًا.

(٥) (٥/ ١٥٩).

الأحكام: متى تعتق حصة الشريك؟

فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: تعتق فى الحال؛ لما روى أبو داود عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أن رجلًا أعتق شقصًا من غلام، وأجاز النبى ﷺ عتقه، وغرمه بقية ثمنه[١].

وفى رواية: أن النبى ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا له فِي مَمْلُوكٍ عَتَقَ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَه مَالٌ»[٢] وأخرجه البخارى ومسلم والترمذى والنسائى وابن ماجه بنحوه[٣].

وروى ابن عمر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له فِي عَبْدٍ، ولَه مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنه - فَهُوَ عَتِيقٌ»[٤].

ولأن العتق إذا سرى سرى فى الحال كما لو كان كل العبد له.

ولأن القيمة تعتبر حال العتق؛ فدل على أن تلك الحالة حالة الإتلاف.

وهذا ما قال الماوردى: إنه المشهور من المذهب، ولم يحك فى كتاب الوصايا فى العتق، واختلاف الأحاديث، واختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى - سواه، واختاره المزنى، وقال العمرانى: وهو الصحيح[٥].

والثانى: يعتق بدفع القيمة؛ لأنه جاء فى بعض الروايات عنه ﷺ أنه قال: «إذا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهما نَصِيبَه، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا يُقومُ عَلَيه قِيمَةُ عَدْلٍ لا وكسَ ولا شَطَطَ، ثمَّ يُعْتَقُ»[٦]، أخرجه البخارى ومسلم والنسائى وأبو داود.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٤١٧) كتاب العتق، باب من أعتق نصيبًا له من مملوك بينه وبين آخر (٣٩٣٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٣٦).

(٣) يأتى تخريجه.

(٤) تقدم.

(٥) ينظر الكفاية خ.

(٦) أخرجه البخارى (٥/ ١٧٩) كتاب العتق، باب: إذا أعتق عبدًا بين اثنين، حديث (٢٥٢١)، ومسلم (٣/ ١٢٨٧) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له فى عبد، حديث (٥٠، ٥١/ ١٥٠١)، وأبو داود (٤/ ٢٥٨) كتاب: العتق، باب من روى أنه لا يستسعى، حديث (٣٩٤٦، ٣٩٤٧)، والترمذى (٣/ ٦٢٩) كتاب: الأحكام، باب: العبد يكون بين الرجلين، حديث (١٣٤٧)، والنسائى (٧/ ٣١٩) كتاب: البيوع، باب: الشركة فى الرقيق، وأحمد (٢/ ٣٤)، وعبد الرزاق (٩/ ١٥٠) رقم (١٦٧١٢)، والحميدى (٢/ ٢٩٥) رقم (٦٧٠)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٣/ ١٠٦) كتاب: العتق، باب: العبد يكون بين الرجلين، وابن حبان (٤٣١٢-الإحسان)، والبيهقى (١٠/ ٢٧٥) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا =

وروى أن النبى ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له فِى عَبْدِهِ فَعَلَيه خَلَاصُه إِنْ كَانَ لَه مَالٌ»(١)؛ فثبت أنه باق على الرق ولأنه يعتق بعوض ورد الشرع به، فلا يسبق وقوع

= له فى عبد وهو موسر، كلهم من طريق سالم عن أبيه مرفوعًا. والسياق لمسلم وأبى داود.

(١) أخرجه البخارى (٥/ ١٣٢) كتاب: الشركة، باب: تقويم الأشياء بين الشركاء حديث (٢٤٩٢)، (٥/ ١٥٦) كتاب: العتق، باب: من أعتق نصيبًا فى عبد حديث (٢٥٢٦)، ومسلم (٢/ ١١٤١) كتاب: العتق، باب: ذكر سعاية العبد حديث (٤/ ١٥٠٣)، (٣/ ١٢٨٧) كتاب: الأيمان، باب: من أعتق شركًا له فى عبد حديث (٥٤/ ١٥٠٣)، وأبو داود (٤/ ٢٥٥) كتاب: العتق، باب: ذكر السعاية حديث (٣٩٣٩، ٣٩٣٨)، والترمذى (٣/ ٦٣٠) كتاب: الأحكام، باب: العبد يكون بين الرجلين حديث (١٣٤٨)، والنسائى فى الكبرى (٣/ ١٨٥)، كتاب: العتق، باب: ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين خبر أبى هريرة فى ذلك والاختلاف على قتادة فيه حديث (٤٩٦٢، ٤٩٦٣، ٤٩٦٤، ٤٩٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد حديث (٢٥٢٧)، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٣/ ١٠٧) كتاب: العتاق، باب: العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما، والدارقطنى (٤/ ١٢٨) كتاب: المكاتب حديث (١٢)، والبيهقى (١٠/ ٢٨٠ - ٢٨١) كتاب: العتق، باب: من قال فى المعسر يستسعى العبد فى نصيب صاحبه، وأحمد (٢/ ٤٢٦)، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٢٥٧) من طرق كثيرة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «من أعتق شقصًا له فى عبد، فخلاصه فى ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، استسعى العبد غير مشقوق عليه».

وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وقال البغوى: وروى شعبة وهشام هذا الحديث عن قتادة، وهما أثبت من روى عن قتادة ولم يذكرا فيه السعاية، ورواه همام عن قتادة وجعل ذكر السعاية من كلام قتادة ولم يجعله من متن الحديث. أهـ.

شرح كلام البغوى والتعقيب عليه بكلام الحافظ ابن حجر هذا الحديث قد اختلف فيه على قتادة فرواه بعضهم عنه بذكر السعاية وهم سعيد بن أبى عروبة عند البخارى، ومسلم، وأبو داود، والترمذى، وابن ماجه، والنسائى فى الكبرى، وجرير بن حازم عند البخارى ومسلم، وحجاج بن أرطأة وحيى بن صبيح عند الطحاوى، وأبان العطار عند أبى داود، والطحاوى. وحجاج بن حجاج كما فى الفتح (٥/ ١٨٧)، وموسى بن خلف عند الخطيب البغدادى فى كتاب: الفصل والوصل للمدرج فى النقل، كما فى الفتح أيضًا (٥/ ١٨٧).

وقد أشار البخارى رحمه الله لمتابعة حجاج وأبان وموسى لسعيد بن أبى عروبة:

فقال فى الصحيح (٢٥٢٧): تابعه حجاج بن حجاج، وأبان وموسى بن خلف عن قتادة، اختصره شعبة.

قال الحافظ فى الفتح (٥/ ١٨٧): أراد البخارى بهذا الرد على من زعم أن الاستسعاء فى هذا الحديث غير محفوظ، وأن سعيد بن أبى عروبة تفرد به. ا هـ.

وقد روى هذا الحديث شعبة وهشام عن قتادة، فخالفا سعيد بن أبى عروبة وأصحابه، =

العتق دفع العوض؛ كالكتابة.

= فذكروا الحديث دون السعاية.

أما رواية شعبة فأخرجها مسلم (٢/ ١١٤٠) كتاب: العتق، باب: سعاية العبد حديث (٢/ ١٥٠٢)، والطيالسى (١/ ٢٤٥ - منحة) برقم (١٢٠٦)، وأحمد (٢/ ٤٦٨)، وأبو داود (٤/ ٢٥٣) كتاب: العتق، باب: فيمن أعتق نصيبًا له فى مملوك حديث (٣٩٣٥)، والدارقطنى (٤/ ١٢٥) كتاب: المكاتب حديث (٩) والبيهقى (١٠/ ٢٧٦) كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد وهو موسر، كلهم من طريق شعبة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال: «من أعتق مملوكًا كان بينه وبين آخر فعليه خلاصه».

أما رواية هشام فأخرجها أحمد (٢/ ٥٣١)، وأبو داود (٤/ ٢٥٣) كتاب: العتق، باب: فيمن أعتق نصيبًا له فى مملوك حديث (٣٩٣٦)، والدارقطنى (٤/ ١٢٦) كتاب: المكاتب حديث (٩)، والبيهقى (١٠/ ٢٧٦)، كتاب: العتق، باب: من أعتق شركًا له فى عبد، من طريق هشام عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «من أعتق نصيبًا له فى مملوك عتق من ماله إذا كان له مال».

وقد رواه همام عن قتادة فجعل ذكر السعاية من كلام قتادة.

أخرجه الدارقطنى (٤/ ١٢٧)، كتاب: المكاتب حديث (١٠)، والحاكم فى معرفة علوم الحديث (ص ٤٠، ٤١)، والخطابى فى معالم السنن (٤/ ٦٩ - ٧٠)، والبيهقى (١٠/ ٢٨٢) كتاب: العتق، باب: فى المعسر يستسعى العبد فى نصيب صاحبه.

كلهم من طريق همام عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة أن رجلاً أعتق شقصًا له من غلام، فأجاز النبى ﷺ عتقه وغرمه بقية ثمنه. وقال قتادة: إن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه.

وقال الدارقطنى: سمعت أبا بكر النيسابورى يقول: ما أحسن ما رواه همام وضبطه وفصل بين قول النبى ﷺ وقول قتادة.

وقد ذهب إلى ذلك أيضًا ابن المنذر فقال: هذا الكلام من فتيا قتادة وليس من متن الحديث، رواه الخطابى فى معالم السنن (٤/ ٧٠) عنه.

ورواية همام ذكرها الحافظ فى الفتح (٥/ ١٨٨)، وزاد نسبتها إلى الإسماعيلى، وابن المنذر، والخطيب فى الفصل والوصل وقال رحمه الله: هكذا جزم هؤلاء بأنه مدرج وأبى ذلك آخرون منهم صاحبا الصحيح فصححا كون الجميع مرفوعًا، وهو الذى رجحه ابن دقيق العيد وجماعة؛ لأن سعيد بن أبى عروبة أعرف بحديث قتادة، لكثرة ملازمته له وكثرة أخذه عنه من همام وغيره وهشام وشعبة وإن كانا أحفظ من سعيد لكنهما لم ينفيا ما رواه، وإنما اقتصرا من الحديث على بعضه، وليس المجلس متحدًا حتى يتوقف فى زيادة سعيد، فإن ملازمة سعيد لقتادة كانت أكثر منهما، فسمع منه ما لم يسمعه غيره، وهذا كله لو انفرد، وسعيد لم ينفرد وقد قال النسائى فى حديث قتادة عن أبى المليح فى هذا الباب بعد أن ساق الاختلاف فيه على قتادة: هشام وسعيد أثبت فى قتادة عن همام... اهـ.

ولأنه إزالة ملك لدفع الضرر؛ فلا يتقرر إلا بأداء العوض؛ كالشفيع يملك الأخذ بالشفعة، ولا يتضرر الملك حتى يدفع المال.

ولأنه يقوم عليه نظرًا للشريك، ولا نظر له فى إزالة ملكه قبل أن يصل إلى عوضه، وهذا ما نص عليه فى القديم وفى الجديد أيضًا[١].

والثالث: أنه مراعى، فإن دفع القيمة، حكمنا بأنه عتق باللفظ.

وإن لم يدفع القيمة، حكمنا بأنه لم يعتق؛ لأنا لو أعتقناه باللفظ قبل دفع القيمة، أضررنا بالشريك؛ لأن المعتق قد يغيب أو يعسر؛ فيتعذر على الشريك العوض، ولا مستدرك له.

ولو قلنا: إنه باق على الرق، أضررنا بالعبد فى إبقاء أحكام الرق عليه، فثبت أنه موقوف ليزول الضرر عنهما.

وهذا ما حكاه القاضى أبو الطيب قولًا مخرجًا.

وقال الشيخ أبو حامد وجماعة: إنه منصوص كالقولين الأولين.

وقال فى الحاوى: إنه نص عليه فى البويطى وحرملة وهو أشبه.

فإذا قلنا: إنه يعتق بنفس اللفظ، صارت أحكامه أحكام الأحرار من حين الإعتاق، فإن مات للعبد من يرثه، ورثه.

فإن أعسر المعتق بعد ذلك، أو هرب، أو مات، ولم يخلف وفاء، فقيمة نصيب شريكه فى ذمته.

وهل عتق جميعه باللفظ فى حالة واحدة؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى:

أحدهما: أن عتق جميعه وقع فى حالة واحدة؛ لأن الجميع صار كأنه له، فعتق جميعه باللفظ.

والثانى - وهو الأصح -: أن العتق وقع فى نصيب المعتق أولًا، ثم يسرى إلى نصيب شريكه؛ لأنه لا يملك نصيب شريكه، فلم يقع عتقه فيه مباشرة.

وإذا طالب الشريك بقيمة نصيبه، أجبر المعتق على الدفع.

وإن بذل المعتق القيمة، فامتنع الشريك من أخذها، قبضها الحاكم له، وليس للعبد المعتق المطالبة بالدفع ولا بالقبض؛ لأن عتقه غير موقوف على ذلك.

وأما إذا قلنا: إن العتق لا يقع إلا بدفع القيمة، فإن طلب الشريك القيمة، وجب

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

على المعتق دفعها، فإن بذلها المعتق، وجب على الشريك قبضها، فإن امتنع من قبضها، قبضها الحاكم له وعتق العبد.

وإن امتنع المعتق والشريك، فللعبد أن يطالبهما بذلك؛ ليصل إلى حقه من العتق.

فإن لم يطالب العبد، فللحاكم أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض، فإن امتنعا، أخذ الحاكم القيمة من المعتق للشريك، وعتق العبد؛ لما فى العتق من حق الله تعالى.

فإن باع الشريك نصيبه من العبد أو وهبه قبل أن يدفع المعتق القيمة إليه، لم يصح بيعه ولا هبته؛ لأن فى ذلك إبطال ما ثبت للعبد من الحرية.

وإن أعتق نصيبه، ففيه وجهان:

أحدهما - وهو قول أبى حنيفة وأبى على بن أبى هريرة - أنه يعتق؛ لأن العتق صادف ملكه، ويحصل العتق للعبد.

والثانى: لا يعتق، وهو الأصح؛ لأن ذلك يبطل ما ثبت للمعتق من الولاء.

وإن مات للعبد من يرثه قبل دفع القيمة، أو شهد، أو جنى، أو جنى عليه - فحكمه فى ذلك حكم العبيد؛ لأنه باق على الرق.

وإن مات العبد قبل دفع القيمة، فهل للشريك أن يطالب المعتق بالقيمة؟ على هذا القول فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأن القيمة وجبت على المعتق بالعتق، فلا تسقط بموت العبد.

والثانى: لا يجب عليه ذلك؛ لأن القيمة إنما وجبت عليه لتكميل أحكام العبد، وليحصل للمعتق الولاء عليه، وهذا لا يوجد فى حقه بعد موته.

وعلى القول الأول: له مطالبته بعد موت العبد قولًا واحدًا؛ لأنه مات حرًا.

فصل: وإن كانت جارية بين اثنين فاستولدها أحدهما، ثبت لها حرمة الاستيلاد فى نصيبه. فإن كان موسرًا بقيمة نصيب شريكه، قوم عليه.

ومتى يثبت لها حرمة الاستيلاد؟ فيه طريقان حكاهما الطبرى فى (العدة).

ومن أصحابنا من قال: هى على الأقوال الثلاثة فى العتق.

ومنهم من قال: إن قلنا فى العتق: يسرى بنفس اللفظ، فههنا تثبت لها حرمة الاستيلاد بالإحبال.

وإن قلنا فى العتق: لا يسرى إلا بدفع القيمة، ففى الإحبال وجهان:

أحدهما: لا تثبت لها حرمة الاستيلاد فى نصيب شريكه إلا بدفع القيمة؛ كالإعتاق.

والثانى: تثبت بالإحبال؛ لأنه أقوى من العتق؛ بدليل: أن العتق لا يصح من السفيه والمجنون، والإحبال يصح منهما.

وأما إذا استولدها الشريكان معًا، مثل: أن كانا معسرين فاستولدها أحدهما، ثم استولدها الثانى، فإنها تصير أم ولد لهما. فلو أعتق أحدهما نصيبه منها بعد ما أيسر، فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يقوم عليه؛ لأنها تعتق بالإعتاق.

والثانى: لا يقوم عليه؛ لأن أم الولد لا تملك.

فرع: كل موضع قوم على المعتق نصيب شريكه؛ لأنه يحكم بدخول ملك نصيب الشريك فى ملك المعتق. ومتى يملكه؟ فيه وجهان:

أحدهما: قال إبو إسحاق: يملكه ويعتق عليه فى حالة واحدة.

والثانى: من أصحابنا من قال: يملكه ثم يعتق عليه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن اختلف المعتق والشريك فى قيمة العبد والبينة متعذرة فإن قلنا: إنه يسرى فى الحال؛ فالقول قول المعتق؛ لأنه غارم لما استهلكه فكان القول قوله، كما لو اختلفا فى قيمة ما أتلفه بالجناية.

وإن قلنا: لا يعتق إلا بدفع القيمة فالقول قول الشريك؛ لأن نصيبه باقٍ على ملكه فلا ينزع منه إلا بما يقر به كالمشترى فى الشفعة.

وإن ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتق؛ ففيه طريقان:

من أصحابنا من قال: هو كالاختلاف فى القيمة، وفيه قولان.

ومنهم من قال: القول قول المعتق قولًا واحدًا؛ لأن الظاهر معه، والشريك يدعى صنعة الأصل عدمها.

وإن ادعى المعتق عيبًا فى العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك؛ ففيه طريقان أيضًا:

من أصحابنا من قال: هو كالاختلاف فى القيمة فيكون على قولين.

ومنهم من قال: القول قول الشريك قولًا واحدًا؛ لأن الظاهر معه، والشريك يدعى عيبًا الأصل عدمه.

(الشرح) الأحكام: إذا اختلف الشريكان فى قيمة العبد المعتق، فادعى الشريك

أن قيمته ألفان، وقال المعتق: بل قيمته ألف، فلا خلاف أن قيمته تعتبر حال الإعتاق؛ لأنه وقت الإتلاف.

فإن كان الاختلاف عقيب الإعتاق أو بعده بزمان، ولم تختلف قيمته من حين الإعتاق إلى حين التقويم - رجع فيه إلى مقومين.

وإن كان العبد قد مات، أو غاب، أو تأخر تقويمه زمانًا تختلف فيه قيمته، ولا بينة على قيمته وقت الإعتاق - فمن القول قوله مع يمينه؟ فيه قولان، واختلف أصحابنا فى مأخذ القولين.

فمنهم من قال: أصلهما القولان فى وقت السراية:

فإن قلنا: إن السراية وقعت بنفس اللفظ، فالقول قول المعتق مع يمينه؛ لأنه غارم؛ فكان القول قوله فى قيمة ما أتلفه؛ كالمتلف.

وإن قلنا: إن السراية لا تقع إلا بدفع القيمة، فالقول قول الشريك مع يمينه؛ لأن ملكه ثابت على نصيبه؛ فلا ينتزع منه إلا بما يقر به، كما لو اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن.

ومنهم من قال: أصلهما: القولان فيمن اشترى عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبًا، وقلنا: له رده، فاختلفا فى قيمة التالف، وفيه قولان:

أحدهما: القول قول المشترى؛ لأنه كالغارم؛ فعلى هذا: القول قول المعتق.

والثانى: القول قول البائع؛ لأن ملكه ثابت على الثمن؛ فلا ينتزع منه إلا بما يقر به؛ فعلى هذا القول قول الشريك.

قال الطبرى: وحكى الشيخ أبو حامد عن الربيع: أنه قال: فيها قول آخر: أنهما يتحالفان.

قال: وهذا من تخريج الربيع؛ لأنه ليس بينهما عقد ينفسخ بالتحالف، ولأنا لو حلفناهما، لاحتجنا إلى الرجوع إلى القيمة، فلا يفيد التحالف شيئًا.

والطريق الأول هو المشهور.

وإن ادعى الشريك زيادة صنعة فى العبد تزيد بها قيمته:

فإن كان العبد غائبًا، أو ميتًا، ولا بينة للشريك، فأنكرها المعتق - ففيه طريقان:

من أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: القول قول المعتق.

والثانى: القول قول الشريك.

ومنهم من قال: القول قول المعتق قولًا واحدًا؛ لأن الأصل عدم الصنعة.

وإن كان العبد حاضرًا، فإن كان يحسن الصنعة التى ادعاها الشريك، فإن لم يمض من حين العتق زمان يمكن فيه تعلم تلك الصنعة - فالقول قول الشريك؛ لأنا علمنا صدقه.

وإن كان قد مضى زمان يمكن فيه تعلم تلك الصنعة، فعلى الطريقين.

وإن قال المعتق: كان سارقًا، أو آبقًا، وأنكر الشريك، ولا بينة للمعتق - فعلى طريقين:

الأول: من أصحابنا من قال: فيه قولان.

الثانى: منهم من قال: القول قول الشريك قولًا واحدًا؛ لأن الأصل عدم ذلك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان المعتق معسرًا؛ عتق نصيبه وبقى الشريك على الرق، والدليل عليه حديث ابن عمر - رضى الله عنه - وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق، ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد، فلو أعتقنا نصيب الشريك؛ لأضررنا به؛ لأنا نتلف ماله ولا يحصل له عوض، والضرر لا يزال بالضرر.

ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر لم يأخذ بالشفعة؛ لأنه يزيل الضرر بالضرر.

وإن كان موسرًا بقيمة البعض - عتق منه بقدره؛ لأن ما وجب بالاستهلاك إذا عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه كبدل المتلف.

وإن كان معه قيمة الحصة وعليه دين يستغرق ما معه ففيه قولان بناء على القولين فى الدين هل يمنع وجوب الزكاة؟

فإن قلنا: لا يمنع - وجب عليه العتق.

وإن قلنا: يمنع - لم يجب العتق.

(الشرح) الأحكام: سبق أن ذكرنا فى أحكام فصل: «وإن كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه. . إلخ»: أنه إن كان المعتق معسرًا بقيمة باقى العبد، فإنه يعتق نصيبه ويرق نصيب شريكه، وأشرنا هناك لخلاف أبى حنيفة وغيره، وأرجأنا مناقشتهم إلى هذا الفصل، فنقول وبالله التوفيق:

إذا أعتق شركًا له فى عبد شرك بينه وبين غيره، عتق عليه ما يملكه منه، ورروعيت

حاله فى يساره وإعساره:

فإن كان موسرًا، سرى عتقه إلى شريكه، وعتق عليه جميعه، ووجب عليه لشريكه قيمة حصته، ولم يكن للشريك أن يستبقيها على ملكه، ولا أن يعتقها فى حق نفسه.

وإن كان المعتق معسرًا لم يسر عتقه إلى حصة الشريك، وكانت حصته باقية على ملكه إن شاء أعتقها وإن شاء استبقاها، ولا يجبر العبد على الاستسعاء فيما رق منه فى حق واحد منهما، وتتبعض فى العبد الحرية والرق.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن تتبعض فيه؛ فيكون بعضه حرًا وبعضه موقوفًا، والواجب تكميل الحرية فيه.

فإن كان المعتق موسرًا كان شريكه بالخيار بين ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يعتق حصته مباشرة، فيكون الولاء بينهما.

والحالة الثانية: أن يستسعى العبد فى حصته؛ فيعتق عليهما بالسوية ويكون الولاء بينهما.

والحالة الثالثة: أن يأخذ المعتق بقيمة حصته ويكون الشريك فيه بين خيارين: إن شاء أعتقه، وإن شاء استسعاه فى حصته فيه بقيمتها.

وإن كان المعتق معسرًا كان الشريك فى حصته بين خيارين: إما أن يعتقهاا، وإما أن يستسعى العبد فيها.

وقال ربيعة بن أبى عبد الرحمن: لا يصح أن ينفرد أحدهما بعتق حصته فى يساره وإعساره إلا أن يجتمعا على عتقه، فيعتق عليهما، فإن تفرد أحدهما بالعتق لم يقع.

وقال الأصم وابن علية: يعتق حصة المعتق، ولا يعتق عليه حصة الشريك موسرًا كان أو معسرًا.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق حصة الشريك على المعتق موسرًا كان أو معسرًا.

هذا هو مجمل مذهبنا ومذهب من خالفنا، وإليك الأدلة ومناقشتها.

استدل أبو حنيفة بما رواه سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة عن النبى ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له فِى عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلاصُه فى مَالِه، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، اسْتَسْعَى غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»[1].

(١) تقدم.

قالوا: وهذا نص.

قالوا: ولأن تنافى أحكام الحرية والرق يمنع من تبعيض الحرية والرق كما امتنع من تبعيض الزوجية إباحة وحظرًا.

قالوا: ولأنه ما لم تبعض الحرية والرق فى ملك الواحد، لم تبعض فى ملك الاثنين.

قالوا: ولأن عتق أحد الشريكين يجعل العبد فيما يملكه من حرية نفسه كالغاصب فى حق الآخر؛ فوجب أن يستسعى فى قيمة نفسه كما يؤخذ الغاصب بقيمة غصبه.

ودليلنا: ما رواه الشافعى عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له فى عَبْدٍ، وكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ العَبْدِ، قُوِّمَ عَليه قِيمَةُ عَدْلٍ، فأَعْطَى شُرَكَاءه حِصَصَهم، وعُتِق عَليه العَبْدُ، وإلَّا فَقَدْ عُتِقَ مِنْهُ مَا عُتِقَ ورُقَّ مِنْه ما رُقّ»[1].

وهذا يدل على عتقه فى حق الموسر دون حق المعسر.

ويدل عليه ما رواه عطاء عن سعيد بن المسيب عن عمران بن الحصين، وروى سماك بن حرب عن الحسن عن عمران بن الحصين، وروى أيوب عن محمد بن سيرين عن عمران بن الحصين أن رجلًا من الأنصار أعتق ستة أعبد عند موته، وليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك إلى رسول الله ﷺ فدعاهم، وجزأهم ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين، وأرق أربعة[2].

فمنع هذا الخبر من قول أبى حنيفة؛ لأن فيه أنه جزأهم وأبو حنيفة لا يجزئهم وأقرع بينهم، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم، وأعتق منهم اثنين وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، وأرق أربعة وأبو حنيفة لا يسترقهم، وأوجب استسعاءهم والنبى ﷺ لم

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم ٣/ ١٢٨٨ كتاب الأيمان باب من أعتق شركا له فى عبد (٥٦/ ١٦٦٨) وأحمد (٤/ ٤٢٦) وأبو داود (٢/ ٤٢٢) كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبيدًا له لم يبلغهم الثلث (٣٩٥٨) و (٣٩٥٩)، وابن ماجه (٤/ ٢٩) كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة (٢٣٤٥) والترمذى ٣/ ٣٧ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته (١٣٦٤) وابن حبان (٤٥٤٢) والبيهقى (١٠٢٨٥) من طريق أبى المهلب عن عمران بن حصين وأخرجه مسلم (٥٧/ ١٦٦٨) وأحمد (٤/ ٤٣٨و٤٤٥) وأبو داود (٣٩٦١) من طريق محمد بن سيرين عن عمران بن حصين.

وأخرجه عبد الرزاق (١٦٧٦٣) والحميدى (٨٣٠) وسعيد بن منصور (٤٠٨) وأحمد (٤/ ٤٢٨و ٤٣٠و ٤٣٩) والنسائى ٤/ ٦٤، وابن حبان (٤٣٢٠) والطبرانى فى الكبير (١٨/ ٣٠١) و (٣٠٣) و (٣٠٤) و (٣٠٥) والبيهقى ١٠/ ٢٨٦ من طرق عن الحسن عن عمران بن حصين.

يوجبه، فصار مذهبه مخالفًا للخبر فى جميع أحكامه؛ فوجب أن يكون مدفوعًا به؛ لأن الاستسعاء عتق بعوض؛ فلم يجبر عليه العبد كالكتابة.

ولأنه لما لم يقوم على المعتق المعسر، فأولى ألا يقوم على العبد بالسعاية؛ لأنه أسوأ حالًا من المعسر؛ للعلم بإعسار العبد فى الظاهر والباطن وإعسار المعتق فى الظاهر دون الباطن.

ولأن ما يقتضيه التقويم هو العتق؛ لدخول الضرر به فى حصة الشريك، فلما سقط التقويم فى حق المعتق بإعساره - وهو مباشر - كان أولى أن يسقط على العبد بما قد يجوز ألا يصل إليه من سعايته، وقد قال النبى ﷺ: «مَنْ ضَرَّ أَضَرَّ اللهُ بِهِ»[١].

فأما الجواب عن احتجاجهم بالخبرين فمن وجهين:

أحدهما: اختلاف الرواية فيه.

والثانى: استعماله.

فأما اختلاف الرواية فمن أوجه:

أحدها: أن الاستسعاء تفرد به سعيد بن أبى عروبة عن قتادة فيما رواه العراقيون عنه، وقد رواه أبو داود عن ابن أبى عيسى عن سعيد، ولم يذكرا فيه السعاية.

والثانى: أن سعيد بن أبى عروبة تفرد برواية السعاية من بين أصحاب قتادة، وقد رواه من أصحاب قتادة من هو أضبط من سعيد، وهو مسعر الحافظ وهشام الدستوائى، ولم يذكرا فيه السعاية.

والثالث: أنه قد رواه هشام عن قتادة عن النبى ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له مِنْ عَبْدٍ فعليه خَلَاصُه فى مَالِه»[٢]، وأن قتادة قال: فإن لم يكن له مال، استسعى العبد غير مشقوق عليه، فذكر قتادة ذلك عن نفسه، فوهم فيه سعيد بن أبى عروبة؛ فضمه إلى روايته.

قال أبو بكر النيسابورى: رواية همام أصح؛ لأنه فصل مذهب قتادة عن روايته وسعيد أدرجها فى الرواية.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٥٣) وأبو داود ٢/ ٣٣٩ كتاب الأقضية، باب أبواب من القضاء (٣٦٣٥)، والترمذى (٣/ ٤٩٥) كتاب البر الصلة، باب ما جاء فى الخيانة والغش (١٩٤٠) والطبرانى فى الكبير (٢٢/ ٨٢٩ و ٨٣٠). والكنى للدولابى (١/ ٤٠) والبيهقى (٦/ ٧٠) عن أبى صرمة بلفظ «من ضار ضار الله به، ومن شاق شق الله عليه».

(٢) تقدم .

وأما استعمال الخبر في السعاية فمن وجهين:

أحدهما: أنه يحمل على المراضاة، دون الإجبار إذا طلبها العبد وأجاب إليه السيد؛ لأنه قال: (غير مشقوق عليه) والإجبار شاق.

ولأن الاستسعاء استفعال وهو في اللغة موضوع للطلب؛ كقولهم: استسلف، واستصعب، واستقرض.

والثاني: أنه يحمل على استسعائه في خدمة الشريك واكتسابه له بحق ملكه لا لإطلاق الاستسعاء في احتمال الأمرين.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تنافي أحكام الحرية والرق يمنع من الجمع بينهما - فهو أنا نغلب أحدهما، ولا نجمع بينهما؛ فزال التنافي.

وأما الجواب عن امتناع الجمع بينهما في ملك الواحد، فهو أن اختياره للعتق أوجب سرايته إلى ملكه، ولم يوجب سرايته إلى ملك شريكه إذا استقر.

وأما الجواب عن جعلهم العبد كالغاصب، فهو أنه لم يكن من العبد فعل، ولا له على رقه يد؛ فلم يجز أن يجعل كالغاصب المتعدي بيده واستهلاكه[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن ملك عبدًا فأعتق بعضه سرى إلى الباقي؛ لأنه موسر بالقدر الذي يسرى إليه فسرى إليه كما لو أعتق شركًا له في عبد وهو موسر.

(فصل) وإن أوصى بعتق شرك في عبد فأعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه، وإن احتمله الثلث؛ لأنه بالموت زال ملكه فلا ينفذ إلا فيما استثناه بالوصية.

وإن وصى بعتق نصيبه بأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه وأعتق عنه الجميع؛ لأنه في الوصية بالثلث كالحي، فإذا قوم على الحي قوم على الميت بالوصية.

(الشرح) الأحكام: وإن ملك عبدًا، فأعتق بعضه، سرى العتق إلى باقيه؛ لأنه موسر به.

وإن كان عبد بين اثنين نصفين، فقال أحدهما له: إن كان هذا الطائر غرابًا، فنصيبي منك حر، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا، فنصيبي منك حر، فطار ولم يعرف - قال ابن الحداد:

فإن كانا معسرين، فالعبد باق على ملكهما؛ لأن عتق نصيب أحدهما لم يتعين.

---

(١) ينظر: الحاوي (١٨/ ٥، ٦).

فإن باع أحدهما نصيبه من رجل، وباع الآخر نصيبه من آخر، فلكل واحد من المشتريين أن يتصرف فيما اشتراه؛ لأن كل واحد منهما قائم مقام من اشترى منه.

وإن باعا نصيبهما من واحد، قال ابن الحداد:

عتق على المشترى نصفه؛ لأنه قد تيقن أن نصفه حر، فلا يكون له أن يتصرف في جميعه.

وعلى قياس قول ابن الحداد: إذا اشترى أحدهما نصيب الآخر، عتق على المشترى نصفه؛ لأنا نتيقن أن أحد النصفين حر بيقين.

وإن كانا موسرين، فإن قلنا: إن العتق يسرى باللفظ، عتق جميعه؛ لأن كل واحد منهما يعترف أن عتق شريكه يسرى إلى نصيبه. ولا يجب لأحدهما على الآخر شيء؛ لأنه لا يقبل قوله على صاحبه فى استحقاق حق له عليه.

وإن قلنا: لا يسرى إلا بأداء القيمة، لم يعتق العبد، ولا يجوز لأحدهما بيع نصيبه ولا هبته؛ لأنه قد استحق عتقه، وهل يجوز له عتقه؟ فيه وجهان، مضى ذكرهما.

وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا، عتق نصيب المعسر؛ لأن قوله يتضمن أن صاحبه حانث فى يمينه وأن نصيبه حر، فإن كان موسرًا، سرى العتق فى نصيبه، وهذا إذا قلنا: إن السراية تقع باللفظ.

وإن قلنا: لا تقع إلا بدفع القيمة؛ لم يعتق نصيب المعسر أيضًا، ولكن لا يصح بيعه ولا هبته، وهل يصح عتقه؟ على الوجهين.

فروع تتعلق بأحكام هذين الفصلين وما مضى من الفصول.

فرع: وإن كان عبد بين اثنين، فقال أحدهما: إن بعت نصيبك من العبد فنصيبى حر، وقال الآخر: إن اشتريت نصيب شريكى فنصيبى حر، ثم اشترى نصيب شريكه - فقد حنثا جميعًا، وعتق على كل واحد منهما نصيبه، ولا يقوم على أحدهما نصيب شريكه؛ لأن عتقهما وقع فى حالة واحدة.

وإن كان لرجل عبد، فقال: إن بعته فهو حر، وقال الآخر: إن اشتريته فهو حر، فاشتراه منه - عتق على البائع دون المشترى؛ لأن المشترى عقد الصفة وهو لا يملكه، فلم يصح، والبائع عقد الصفة وهو يملكه، فإذا وجد الإيجاب والقبول، فقد وجدت الصفة، وهو يملك عتقه لثبوت الخيار بينهما، فوقع عليه العتق بالصفة.

وإن قال لعبده: إذا بعتك بيعًا فاسدًا فأنت حر، فباعه بيعًا فاسدًا، قال الطبرى: لم يعتق.

وقال المزنى: يعتق.

فرع: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وهو يملك من المال قدر قيمة نصيب شريكه إلا أن عليه دينًا يستغرق ذلك - فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ فيه قولان؛ بناء على أن الدين: هل يمنع وجوب الزكاة؟

فرع: إذا قال أحد الشريكين فى العبد: إذا دخلت الدار الفلانية فأنت حر، ثم قال له الآخر: إذا دخلتها فأنت حر، فدخلها - عتق عليهما، ولم يقوم نصيب أحدهما على الآخر؛ لأنه عتق عليهما فى حالة واحدة.

وإن قال أحد الشريكين للآخر: إذا أعتقت نصيبك من العبد فنصيبى منه حر، فأعتق الآخر نصيبه - عتق نصيبه عليه، وقوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرًا؛ لأن عتق نصيب المباشر سبق، فاستحقت به السراية، فمنعت وقوع عتق الشريك المعلق عتق نصيبه بصفة.

وإن قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر فى حال عتق نصيبك، فأعتق الآخر نصيبه، عتق عليه نصيبه. وهل يقوم عليه نصيب شريكه الذى علق عتقه؟ فيه وجهان.

أحدهما: يقوم عليه؛ لأن إعتاقه لنصيبه شرط فى عتق نصيب شريكه، والشرط يتقدم على المشروط، فكان كالأولى.

والثانى: لا يقوم عليه، وهو اختيار القاضى أبى الطيب؛ لأن العتق وقع على النصيبين فى وقت واحد.

فرع: وإن قال أحد الشريكين فى العبد: نصيبى منك حر قبل موتى بشهر، ثم قال الثانى بعده: نصيبى منك حر الآن، ثم مات الأول:

فإن كان بين موت القائل الأول وبين قوله أقل من شهر، لم يعتق عليه نصيبه؛ لأن العتق لا يقع قبل الإعتاق، ويعتق على الثانى نصيبه حين أعتقه، فإن كان موسرًا بقيمة نصيب شريكه، قوم عليه، وإن كان معسرًا، لم يقوم عليه.

وإن كان بين قول الثانى وبين موت الأول أكثر من شهر، لم يعتق على الأول أيضًا نصيبه إن كان الثانى موسرًا بقيمة نصيب الأول؛ لأن عتق الثانى مقدم عليه،

فيعتق على الثانى نصيبه، ويقوم عليه نصيب الأول. وإن كان معسرًا به، لم يقوم عليه، وعتق على الأول نصيبه قبل موته بشهر، فيكون الولاء بينهما.

وإن كان بين قول الأول وبين موته شهر من غير زيادة ولا نقصان، عتق عليه نصيبه؛ لوجود الصفة قبل عتق الثانى، فإن كان موسرًا بقيمة نصيب الثانى، قوم عليه، وكان جميع ولائه له، وإن كان معسرًا، عتق عليه نصيبه قبل موته بشهر، وعتق على الثانى نصيبه بعده حين أعتقه، وكان ولاؤه بينهما.

فرع: وإن كان عبد بين اثنين نصفين، فوكل أحد الشريكين شريكه فى عتق نصيبه، فقال الوكيل: نصفك حر، رجع إليه، فإن قال: أردت به نصيبى، عتق عليه نصيبه، وقوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرًا به.

وإن قال: أردت به نصيب شريكى، عتق نصيب شريكه، وقوم نصيب الوكيل على الموكل إن كان الموكل موسرًا به.

وإن أطلق، ولم ينو شيئًا، ففيه وجهان: حكاهما ابن الصباغ:

أحدهما: يعتق نصيب الموكل، ويقوم عليه نصيب الوكيل؛ لأنه أمره بالإعتاق.

والثانى: يعتق نصيب الوكيل، ويقوم عليه نصيب الموكل؛ لأن نصيب نفسه لا يحتاج إلى نية، ونصيب الموكل يحتاج إلى النية، ولم ينو.

فرع: قال ابن الحداد: إذا كان لرجل شقصان من عبدين، وقيمتهما سواء، ولا مال له غيرهما، فأعتق أحد الشقصين فى صحته - عتق عليه نصيبه، وقوم عليه نصيب شريكه؛ لأنه موسر بقدر قيمته - وهو: الشقص فى العبد الآخر - فإن أعتق الشقص الآخر بعد ذلك فى صحته، عتق نصيبه فيه، ولا يقوم عليه نصيب شريكه فيه؛ لأنه لا مال له. ولا يمنع عتقه فى الثانى ثبوت الدين فى ذمته؛ لأن قيمة الأول لم تتعلق فى رقبة الثانى، وإنما هى فى ذمة المعتق.

وإن كان بين اثنين عبد يساوى عشرين دينارًا، فقال رجل لأحدهما: أعتق نصيبك عنى على عشرة دنانير، فأعتقه عنه والسائل لا يملك غير عشرة دنانير - عتق نصيب المعتق عن السائل.

قال ابن الحداد: ويعتق نصيب شريك المعتق عن السائل أيضًا؛ لأنه واجد لقيمة نصيبه - وهى العشرة - ثم يتضارب المعتق وشريكه فى العشرة التى للسائل على قدر حقيهما لكل واحد منهما نصفها.

قال القاضى أبو الطيب: وهذا على القول المشهور: إن نصيب الشريك يعتق بنفس اللفظ. فأما إذا قلنا: إنه لا يعتق إلا بدفع القيمة، فإنه يعتق منه بقدر ما يؤدى إليه.

فأما إذا قال السائل: أعتق عنى نصيبك من هذا العبد على هذه العشرة، وعينها وأشار إليها، فأعتقه - عتق عن السائل، ولم يعتق نصيب الشريك؛ لأن العشرة قد ملكها المعتق ولا مال للسائل غيرها.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن كان عبد بين ثلاثة، لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما فى وقت واحد وكانا موسرين قُوِّم نصيب الشريك عليهما بالسوية؛ لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرؤوس، كما لو اشترك اثنان فى جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات.

(فصل) وإن كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بأن يتذكر، فإن قال أعتقت هذا - قبل قوله؛ لأنه أعرف بما قال، فإن اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذبًا، فإن نكل حلف الآخر وعتق العبدان: أحدهما بإقراره، والآخر بالنكول واليمين.

وإن قال: هذا بل هذا - عتقا جميعًا؛ لأنه صار راجعًا عن الأول مقرًا بالثانى.

فإن مات قبل أن يبين رجع إلى قول الوارث؛ لأن له طريقًا إلى معرفته. فإن قال الوارث لا أعلم فالمنصوص: أنه يقرع بينهما؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فرجع إلى القرعة.

ومن أصحابنا من خرج فيه قولًا آخر أنه يوقف إلى أن ينكشف؛ لأن القرعة تفضى إلى أن يرق من أعتقه ويعتق من أرق؛ فوجب أن يوقف إلى أن يتبين.

والأول هو الصحيح؛ لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث فى رقيقه، وبالحر فى حق نفسه.

(فصل) وإن أعتق عبدًا من أعبد - أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء.

فإن قال: هو سالم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم؛ لأنه تخير لتعيين - عتق، فإذا عينه فى واحد سقط خياره فى الثانى. ويخالف القسم قبله؛ لأن ذلك إخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره.

فإن مات قبل أن يعين ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقوم الوارث مقامه فى التعيين كما لا يقوم مقامه فى تعيين الطلاق فى إحدى المرأتين، فعلى هذا يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق.

والثانى: يقوم مقامه - وهو الصحيح - لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال، فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعة والرد بالعيب.

(الشرح) الأحكام: إذا كان عبد بين ثلاثة أنفس لأحدهم النصف، ولآخر الثلث، ولآخر السدس، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس نصيبهما فى حالة واحدة بأن أعتقا واتفق لفظهما، أو وكلا وكيلًا فأعتق عنهما بكلمة وهما موسران - قوم عليهما نصيب شريكهما.

وكيف يقوم عليهما؟ فيه طريقان، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: يقوم بينهما نصفين.

والثانى: يقوم على قدر الملكين، كالقولين فى الشفعاء. وهو قول مالك؛ لأن له فيه روايتين.

ومنهم من قال: يقوم عليهما نصفين قولًا واحدًا. وهذه طريقة الشيخ أبى حامد وأكثر أصحابنا؛ لأن إعتاق النصيب إتلاف لرق الباقى، فإذا اشتركا فى الإتلاف، استويا فى الضمان وإن اختلفا فى سبب الإتلاف، كما لو جرح رجل رجلًا جراحة وجرحه آخر جراحات ومات.

وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا، قوم نصيب صاحب الثلث على الموسر منهما؛ لأن عتق المعسر لا يسرى.

مسألة: إذا قال أحد الشريكين فى العبد: أعتقت أنا وأنت العبد فى حالة واحدة، وقال الآخر: أما أنا فما أعتقت نصيبى - كان القول قول المنكر مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الإعتاق، فإذا حلف، ثبت أنه لم يعتق، ويعتق نصيب المقر بإقراره.

وإن كان معسرًا، بقى نصيب الحالف رقيقًا.

وإن كان المقر موسرًا، قوم عليه نصيب شريكه، وعتق عليه، ويكون ولاء نصيب المقر له، وأما ولاء نصيب المنكر، فإنه يكون موقوفًا بينهما؛ لأن كل واحد منهما لا يدعيه ولا يقر به لصاحبه.

فإن مات العبد المعتق قبل موت المنكر وخلف مالًا، فللمقر أن يأخذ من تركته قدر ما دفع إلى شريكه من القيمة؛ لأنه يستحقه بكل حال، ويوقف الباقي بينهما إلى أن يصطلحا عليه، أو يدعيه أحدهما فيأخذه.

وإن مات العبد بعد موت المنكر، فليس للمقر أن يأخذ من تركته قدر ما دفعه من الثمن ما دام مقيمًا على إقراره الأول؛ لأنه يقر بمال المعتق لعصبة المنكر، ويقر أنهم لم يظلموه وإنما ظلمه المنكر.

وإن قال كل واحد منهما: أعتق شريكي نصيبه، وأنكر كل واحد منهما، وهما موسران - حلف كل واحد منهما أنه لم يعتق نصيبه؛ لأن الأصل عدم الإعتاق، وعتق جميع العبد إذا قلنا: تقع السراية باللفظ؛ لأن كل واحد منهما يقر بعتق نصيبه على شريكه، ويكون الولاء موقوفًا بينهما.

وإن كان معسرين، لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى أحدهما نصيب شريكه، عتق عليه ما اشتراه؛ لأنه مقر بحريته.

وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا، عتق نصيب المعسر إذا قلنا: تقع السراية باللفظ؛ لأنه مقر بعتق نصيبه على صاحبه، ولا يعتق نصيب الموسر؛ لأن عتق المعسر لا يسرى.

فأما إذا قلنا: لا يسرى العتق إلا بدفع القيمة، لم يعتق من العبد شيء.

فرع: وإن كان عبد بين ثلاثة رجال، فشهد رجلان منهم على الثالث أنه أعتق نصيبه وأنكر ذلك المشهود عليه، فإن كان المشهود عليه معسرًا، قبلت شهادتهما عليه وعتق نصيبه لا غير؛ لأنهما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعًا ولا يدفعان عنهما بها ضررًا.

وإن كان موسرًا، لم تقبل شهادتهما عليه؛ لأنهما يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعًا وهو التقويم عليه.

فإن قلنا: تقع السراية باللفظ، عتق نصيبهما؛ لأن شهادتهما تضمنت الإقرار به.

وإن قلنا: لا تقع السراية إلا بدفع القيمة، لم يعتق نصيبهما، ولا يجوز لهما بيعه، وهل يجوز لهما عتقه؟ على وجهين.

وللشاهدين أن يحلفا المنكر أنه لم يعتق نصيبه؛ لجواز أن يقر. فإن نكل عن اليمين، حلفا ووجبت عليه قيمة نصيبهما.

فرع: وإن شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شقصًا له من عبد وهو موسر، فقوم عليه نصيب شريكه، ثم رجع الشاهدان - قال ابن الحداد: رجع المشهود عليه على الشاهدين بقيمة نصيبه، ولا يرجع عليهما بما غرم لشريكه من القيمة.

قال القاضى أبو الطيب: أما نصيب المشهود عليه: فيرجع عليهما بقيمته؛ لأنهما أتلفاه عليه.

وأما ما غرمه من قيمة نصيب شريكه، فهل يرجع عليهما به؟ فيه قولان، كما لو شهدا عليه بمال فى يده أو فى ذمته، ثم رجعا، المشهور: أنه لا يرجع عليهما، فأجاب ابن الحداد على المشهور: قال القاضى أبو الطيب: إلا أن الصحيح عندى أنه يرجع عليهما به أيضًا.

مسألة: إذا أعتق فى مرض موته شقصين له من عبدين له شريك فيهما أحدهما بعد الآخر: فإن احتمل الثلث عتق الشقصين وتقويم باقيهما، عتق عليه الشقصان بالمباشرة، وباقى العبدين بالسراية والتقويم.

وإن لم يحتمل الثلث إلا عتق الأول وتقويم باقيه، قدم تقويم باقى الأول على عتق الثانى.

فإن احتمل الثلث عتق الشقص الأول وتقويم باقيه، والشقص الثانى دون تقويم باقيه - عتق جميع العبد الأول عليه بالمباشرة والسراية، والشقص الثانى، ولا يقوم باقى الثانى عليه.

وإنما قدمنا تقويم باقى الأول على الشقص الثانى؛ لأنا إن قلنا: إن السراية تقع باللفظ، فقد سبق عتق باقى الأول. وإن قلنا: لا تقع إلا بدفع القيمة، فقد استحق إعتاق بقيته فى الثلث قبل الثانى.

وإن أعتق الشقصين فى حالة واحدة، عتق الشقصان وقوم باقى العبدين عليه إن احتملهما الثلث. وإن لم يحتمل الثلث إلا عتق الشقصين، عتق الشقصان لا غير ورق باقى العبدين.

وإن لم يحتمل الثلث إلا عتق أحد الشقصين، أقرع بينهما.

وإن خرج الشقصان من الثلث وباقى أحد العبدين لا غير، ففيه وجهان:

قال ابن الحداد: عتق الشقصان، وقسم الباقى من الثلث بينهما؛ لأنه ليس

أحدهما بأولى من الآخر.

ومن أصحابنا من قال: يعتق الشقصان، ثم يقرع بينهما فيما بقى من الثلث بعد الشقصين، كما إذا أعتق عبدين، فخرج أحدهما من الثلث.

والأول أصح.

مسألة: إذا أعتق عبدًا له فى مرض موته، فقد ذكرنا أن قيمته تعتبر من ثلث ماله.

وقال مسروق: تعتبر من رأس ماله، كما لو أتلف شيئًا من ماله.

دليلنا: حديث عمران بن الحصين فى: الرجل الذى أعتق ستة أعبد له فى مرض موته، فأقرع النبى ﷺ بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة.

وإن أعتق شركًا له فى عبد فى مرض موته، عتق نصيبه من ثلث تركته، وقوم عليه نصيب شريكه إن احتمله الثلث.

وحكى عن أحمد بن حنبل: أنه قال: لا يقوم عليه نصيب شريكه.

دليلنا: أنه موسر بقيمة نصيب شريكه، ولا يتعلق به حق أحد فقوم عليه، كعتق الصحيح.

وإن أوصى بعتق شرك له فى عبد، أو بعتق بعض عبد له، أعتق عليه، ولا يقوم عليه نصيب شريكه، ولا يسرى إلى عتق باقى العبد، سواء احتمله الثلث أو لم يحتمله؛ لأن ملكه يزول عن ماله إلا عن القدر الذى أوصى به، فصار كالمعسر إذا أعتق شركًا له فى عبد.

وإن أوصى بعتق شقص له من عبد وأوصى أن يعتق عليه نصيب شريكه: فإن احتمله الثلث أعتق عليه نصيب شريكه ودفعت قيمته إلى شريكه؛ لأن له التصرف فى الثلث بما فيه قربة.

قال القاضى أبو الطيب فى (المجرد): عندى أنه إنما تقوم حصة الشريك إذا رضى الشريك بذلك، ولا تقوم إذا لم يرض؛ لأن التقويم لم يجب على الموصى وإنما وجب بالوصية، فجرى ذلك مجرى المعسر إذا أعتق شقصًا له فى عبد ثم أيسر، فإنه لا يقوم عليه نصيب شريكه إلا برضاه.

قال ابن الصباغ: وأصحابنا أطلقوا ذلك، وما قالوه له وجه صحيح؛ لأن التقويم لا يجب؛ لأن العتق وقع حال زوال ملك الميت عن المال، فجرى ذلك مجرى

المعسر إذا أعتق شقصًا له من عبد.

فأما إذا أوصى بتكميله، كانت قيمته باقية كالباقية على حكم ملكه، فصار كالموسر إذا أعتق، وهكذا لو قال: إذا مت فنصيبى حر، عتق نصيبه إن خرج من الثلث ولم يسر إلى نصيب شريكه.

فرع: إذا كان له شقصان من عبدين فأوصى بعتقهما بعد موته، وبأن يكمل باقى عتق العبدين من الثلث:

فإن احتملهما الثلث، أعتقا عنه.

وإن لم يحتمل الثلث إلا قيمة باقى أحدهما، قال ابن الحداد: أقرع بينهما ولا يقسم بينهما؛ لأن الموصى قصد تكميل العتق فيهما، فإذا لم يمكن ذلك فيهما، كان فى أحدهما.

وإن كان له ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، وقيمتهم سواء، فقال: نصف كل واحد منكم حر بعد موتى، ولم تجز الورثة:

قال ابن الحداد: أقرع بينهم، وهو بأن يكتب فى رقعة: عتق، وفى رقعة: رق، ويخرج إحدى الرقعتين على واحد منهم، فإن خرجت عليه رقعة الرق، رق جميعه وعتق من كل واحد من الآخرين نصفه.

وإن خرجت على الأول رقعة العتق عتق نصيفه ثم تعاد القرعة بين الآخرين فمن خرجت عليه رقعة العتق، عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر؛ فيعتق نصفا عبدين.

قال القاضى أبو الطيب: وهذه لا يختلف فيها أصحابنا، ودل هذا على أن المعتق إذا فرق العتق فى شخصين، لم يجمع فى شخص واحد.

فإن كان له عبدان: سالم وغانم، وقيمتهما سواء، فقال: إذا مت فنصف سالم حر، وثلث غانم حر، فمات ولا مال له غيرهما، ولم تجز الورثة، فقد زاد على الثلث سدس أحدهما.

قال ابن الحداد: فيقرع بينهما، فيكتب فى رقعة: عتق، وفى رقعة: رق، ويخرج إحداهما على أحدهما:

فإن خرجت رقعة العتق على أحدهما، عتق منه ما أعتق لا غير وتمم الثلث من الثانى.

فإن خرجت رقعة العتق على سالم عتق نصفه وعتق من غانم سدسه.

وإن خرجت رقعة العتق على غانم، عتق ثلثه وعتق من سالم ثلثه؛ لأن ذلك قدر الثلث.

وإن كان له ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، فقال فى مرض موته: أثلاثكم أحرار، عتق ثلث كل واحد منهم - اتفقت قيمتهم أو اختلفت - ولا يقرع بينهم؛ لأنه عين العتق ولم يزد على الثلث.

وإن قال: ثلثكم حر، أو ثلث هؤلاء حر، قال القاضى أبو الطيب: فإن الظاهر من هذا الكلام أنه أعتق واحدًا منهم لا بعينه فيقرع بينهم، ويعتق واحد منهم ويرق اثنان.

فرع: إذا كان عبد بين شريكين، فقال أحدهما: نصيبى من هذا العبد حر بعد موتى، ويستتم عتق باقيه من ثلثى، وقال شريكه: إذا مات شريكى فنصيبى حر من هذا العبد، فمات الأول - قال ابن الحداد: عتق العبد عليهما، ولم يقوم نصيب أحدهما على الآخر؛ لأن عتق نصيبهما وقع فى حالة واحدة.

وإن قال أحدهما: نصيبى حر بعد موتى، ويستتم عتق نصيب شريكى من ثلثى، وقال الثانى: إذا عتق نصيب شريكى فنصيبى حر، فمات الأول - قال ابن الحداد: فإن الوصية بالتقويم صحيحة؛ لأن عتق الموصى يتقدم وعتق شريكه يتعقبه، فوجب التقويم عليه.

فرع: وإن كان بين نفسين جارية حامل من نكاح أو زنى، فأعتق أحدهما نصيبه من الحمل:

فإن أسقطته حيًا، عتق عليه وقوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرًا به. وتجب قيمته يوم الإسقاط؛ لأنه أول حالة يمكن تقويمه فيها.

وإن أسقطته ميتًا من غير ضرب، لم يجب على المعتق لشريكه شىء؛ لأنه لا يعلم أن العتق صادفه وهو حى.

وإن ضربها ضارب فأسقطته ميتًا، وجب على الضارب غرة عبد أو أمة؛ لأن الظاهر أنه تلف بالضرب.

قال ابن الحداد: ويجب على المعتق لشريكه نصف عشر قيمة الأم؛ لأنه ضمن نصيب شريكه بالإعتاق، وقيمة نصيبه لو كان مملوكًا نصف عشر قيمة أمه.

ومن أصحابنا من قال: يجب عليه أقل الأمرين من نصف عشر قيمة أمه أو الغرة

والأول أصح.

مسألة: قال الطبرى فى (العدة): لو قال لعبده: وهبتك نفسك، أو ملكتك نفسك، افتقر إلى القبول ليعتق.

وإن قال لأمته: إذا ولدت ولدًا فهو حر، فولدت ولدًا حيًا، عتق.

وإن ولدت بعده ولدًا آخر، لم يعتق؛ لأن لفظه لا يقتضى التكرار.

وإن ولدت ولدًا ميتًا، ثم ولدت ولدًا حيًا، قال ابن الصباغ: فالذى يقتضيه المذهب: أن الثانى لا يعتق. وبه قال أبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: يعتق؛ لأن العتق يستحيل فى الميت فيعلق بالحى.

ودليلنا: أن شرط العتق وجد بالأول، بدليل: أنه لو علق به عتقها، لعتقت لولادة الميت فانحلت اليمين به، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فباعه ثم دخل.

فرع: وإن كان عبده مقيدًا فحلف سيده بعتقه أن فى قيده عشرة أرطال، وحلف بعتقه لا أحله ولا أحد من الناس، فشهد شاهدان أن فى قيده خمسة أرطال، فحكم الحاكم بعتقه لحنثه فى يمينه أن فى قيده عشرة أرطال، فوزن القيد بعد حله، فوجد فيه عشرة أرطال - فإن العبد يعتق، وهل يجب على الشاهدين شىء؟

قال أبو حنيفة: يجب على الشاهدين قيمة العبد.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجب عليهما شىء، قال ابن الصباغ: وهو الصحيح. فبنى أبو حنيفة ذلك على أصله، بأن حكم الحاكم ينفذ فى الباطن وإن كان بشهادة الزور.

ووجه الآخر: أنه عتق بحل القيد دون ما شهدا به؛ لأنا تحققنا كذبهما.

فرع: وإن شهد شاهدان أن رجلًا أوصى بعتق عبد عيناه، وقيمته ثلث تركته، فحكم الحاكم بشهادتهما بعد موت الموصى، ثم رجعا عن الشهادة، وشهد آخران أن الموصى أوصى بعتق عبد آخر عيناه، وقيمته قدر ثلث تركته، وحكم بشادتهما - أقرع بين العبدين؛ لأنه قد ثبت أن الميت أوصى بعتقهما، ورجوع الشاهدين لا يقبل فى نقض الحكم.

فإن خرجت قرعة العتق على الأول، عتق ورق الثانى، ووجب على الشاهدين الراجعين قيمة العبد لورثة المعتق؛ لأنه تلف بشهادتهما، وقد أقر ببطلانها.

وإن خرجت قرعة العتق على الثانى، عتق ورق الأول، ولم يجب على الشاهدين الراجعين للورثة شىء؛ لأنهما لم يتلفا بشهادتهما شيئًا.

مسألة: إذا كان له أعبد فأعتق واحدًا منهم بعينه، ثم أشكل عليه، أمر بأن يتذكر وينفق عليهم إلى أن يتبين، فإن قال: الذى كنت قد أعتقته هو هذا، حكم بعتقه من حين العتق.

فإن قال آخر من عبيده: بل أنا الذى كنت أعتقت، فإن صادقه، حكم بعتقهما، وإن كذبه، حلف له، وإن نكل عن اليمين، ردت اليمين على الآخر، فإن حلف حكم بعتقه أيضًا.

وإن قال: أعتقت هذا لا بل هذا، حكم بعتقهما؛ لأنه لما أقر للأول حكم بعتقه، فإذا رجع عن الأول وأقر للثانى لم يقبل رجوعه عن الأول وقبل إقراره للثانى.

فإن مات قبل أن يبين، فإن ذكر الوارث أنه يعرف المعتق منهما، رجع إليه، فإذا أخبر بعتق واحد، قبل وحكم بعتقه؛ لأنه قائم مقام مورثه. وإن اتهمه غيره حلف له.

وإن قال الوارث: لا أعرف المعتق منهما، ففيه قولان:

أحدهما: يقرع بينهما؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر.

والثانى: لا يقرع، ولكن يوقف إلى أن يتبين؛ لأن القرعة ربما أعتقت الرقيق، وأرقت العتيق. والصحيح هو الأول.

فرع: وإن أعتق واحدًا منهم لا بعينه، أمر بأن يعين العتق فيمن شاء منهم، فإن قال: أعتقت هذا لا بل هذا، أعتق الأول دون الثانى؛ لأن ذلك اختيار لا إخبار. فإن اتهمه الآخر، لم يحلف له؛ لأنه لو أقر للثانى لم يحكم بعتقه، فلا معنى لتحليفه.

وإن مات قبل أن يبين، فهل يرجع إلى الوارث؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع إليه، بل يقرع بينهما، كما لا يرجع إليه إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها.

والثانى: يرجع إليه، وهو الأصح؛ لأنه خيار يتعلق بالمال فقام الوارث مقام المورث، كخيار الرد بالعيب والشفعة؛ هذا نقل أصحابنا البغداديين.

وقال المسعودى: هل يرجع إلى الوارث؟ فيه قولان، واختلف أصحابنا فى

موضع القولين.

فمنهم من قال: القولان فيه إذا كان المعتق قد عينه بقلبه، فيجوز أن يكون قد أخبر به الوارث، فأما إذا لم يعينه المعتق بقلبه، فلا يرجع إلى الوارث قولًا واحدًا.

ومنهم من قال: القولان إذا لم يعينه المعتق بقلبه، فأما إذا كان قد عينه بقلبه، فلا يرجع إلى الوارث قولًا واحدًا، بل يقرع بينهم.

ومنهم من قال: القولان فى الجميع.

فرع: وإن مات رجل وخلف ابنًا وثلاثة أعبد قيمتهم سواء، لا مال له غيرهم، فقال الابن: أعتق أبى هذا العبد فى مرض موته، وأشار إلى واحد منهم، ثم قال: لا، بل أعتق هذا وهذا بكلمة واحدة، وأشار إلى الأول وإلى آخر معه، ثم قال: لا؛ بل أعتق الثلاثة كلهم بكلمة واحدة:

قال ابن الحداد: عتق العبد الأول بإقراره الأول من غير قرعة، ثم يقرع بين الأول وبين الثانى الذى أشار إليه معه فى الإقرار الثانى لإعتاق الثانى لا لإرقاق الأول، فإن خرجت قرعة العتق على الثانى، عتقا، وإن خرجت قرعة العتق على الأول، لم يعتق الثانى بالإقرار الثانى، ثم تعاد القرعة بين الثلاثة، فإن خرجت قرعة العتق على الثالث، عتق أيضًا. وإن خرجت على الأول، رق الثالث والثانى إن لم يعتق الثانى بالقرعة الأولى. وإن خرجت قرعة العتق على الثانى، عتق ورق الثالث.

فرع: وإن مات رجل وخلف ثلاثة بنين وثلاثة أعبد قيمتهم سواء، ولا مال له غيرهم، فقال أحد البنين: أعتق أبى هذا العبد فى مرض موته، وقال آخر: بل أعتق أبى هذا وهذا فى مرض موته بكلمة واحدة وأشار إلى الذى أشار إليه الأول وإلى آخر معه، وقال الثالث: بل أعتق أبى جميع الثلاثة فى مرض موته بكلمة واحدة:

قال ابن الحداد: فإن الأول يعتق ثلثه بإقرار الابن الأول؛ لأنه أقر بعتقه عليه وعلى أخويه، فقبل إقراره فى نصيب نفسه دون نصيب أخويه، ثم يقرع بين العبدين اللذين أشار إليهما الابن الثانى، فأيهما خرجت عليه قرعة العتق، عتق ثلثه؛ لأنه قدر نصيبه، ثم يقرع بين الأعبد الثلاثة لإقرار الثالث، فأيهم خرجت عليه قرعة العتق، عتق عليه ثلثه؛ لأنه قدر نصيبه، ولا يقوم على المقر باقى العبد؛ لأن العتق لم يقع بقوله، وإنما هو مخبر عن إعتاق أبيه، والإخبار واجب عليه، فلم يجب عليه التقويم.

وإن كانت قيمة العبد الذى أشار إليه الأول مائة، وقيمة الثانى الذى أشار إليه الثانى مع الأول مائتين، وقيمة العبد الثالث ثلاثمائة - فإن الأول يعتق ثلثه بإقرار الابن الأول؛ لأنه لم يقر أن أباه أعتق إلا ما يساوى مائة فلزمه ثلثها.

فإذا أقرعنا بين الأول والثانى لإقرار الثانى:

فإن خرجت قرعة العتق على الأول، عتق ثلثه وعتق من الثانى سدسه، وقيمة ذلك ثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأنه أقر أن أباه أعتق ما يساوى مائتين فلزمه ثلثهما.

وإن خرجت قرعة العتق على الثانى، عتق ثلثه.

فإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقرار الثالث:

فإن خرجت قرعة العتق على الأول، عتق ثلثه ثم تعاد القرعة بين الثانى والثالث.

فإن خرجت قرعة العتق على الثانى، عتق سدسه وهو تمام حصته من الثلث. وإن خرجت على الثالث بعد خروجها على الأول، عتق تسعه تمام حصته من الثلث.

وإن خرجت قرعة العتق فى الابتداء على الثالث، عتق منه تسعاه. ولا يجب التقويم على ما مضى فى الأولى.

فرع: قال القاضى أبو الطيب: وإن شهد شاهدان أن رجلًا أعتق قبل موته عبدًا له عيناه، وقيمته قدر ثلث تركته، وقال الوارث: لا، بل أعتق هذا، وقيمته قدر ثلث تركته، أو كانت الشهادة والإقرار فى الوصية - عتق العبد المشهود له بالشهادة، ثم يقرع بين المشهود له وبين الذى أقر له الوارث، لبيان حكم المقر له لا لإرقاق المشهود له، فإن خرجت قرعة العتق على المشهود له، رق المقر له؛ لأنه لا يجوز الزيادة على الثلث. وإن خرجت قرعة العتق على المقر له، عتق بإقراره وعتق الأول بالشهادة.

فرع: قال فى (الأم): وإن شهد شاهدان على ميت أنه أعتق هذا العبد عتقًا بتاتًا وهو يخرج من الثلث، وشهد آخران أنه أعتق عبدًا آخر عتقًا بتاتًا - سئل عن الوقت، فأيهما سبق بالعتق، عتق ورق الثانى، ولا قرعة. وإن كانا فى وقت واحد ولم يعلم، أقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر.

قال فى (الأم): وإن شهد شاهدان أنه نجز عتق هذا العبد وهو الثلث، وشهد آخران أنه أعتق هذا العبد فى الوصية وهو الثلث - عتق المنجز ورق المعتق فى الوصية؛ لأن المنجز سابق؛ فقدم.

قال فى (الأم): وإن شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد فى الوصية أو التدبير، وشهد آخران أنه أعتق عبدًا آخر فى الوصية أو التدبير، وكل واحد منهما قدر الثلث - أعتق واحد منهما بالقرعة.

إذا ثبت هذا: فإن المزنى روى فى (المختصر): لو شهد أجنبيان أنه أعتق عبده وصية وهو الثلث، وشهد وارثان أنه أعتق عبدًا غيره وصية وهو الثلث - عتق من كل واحد منهما نصفه.

واختلف أصحابنا فى ذلك:

فقال القاضى أبو الطيب: أخطأ المزنى فى النقل، وقد ذكر الشافعى - رحمه الله تعالى - فى المسألة قبلها أنه يقرع بينهما.

وقال بعض أصحابنا: المسألة مفروضة فى الوصية بالعتق دون العتق المنجز؛ لأنه قال: (أعتق عبده وصية)، وقوله: (عتق من كل واحد منهما نصفه) أراد: أن القياس كان يقتضى ذلك؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر إلا أن السنة وردت بالقرعة، وإنما قصد أن يبين له أنه لا مزية لشهادة الورثة على غيرهم.

ومنهم من قال: بل صورتها أن الشهادتين وقعتا فى العتق المنجز؛ لأنه قال: «فإن شهدا أنه أعتق عبده وقوله: وصية» أراد: فى مرض الموت؛ لأنه حالة الوصية. والحكم فى ذلك أنه يعتق من كل واحد منهما نصفه، ولا يمكن الإقراع بينهما؛ لأنه ربما يكون قد تقدم عتق أحدهما، فخرج عليه سهم الرق، فيكون قد أرق الحر.

وقال ابن القاص: بل تأويل ذلك أنه إذا كان فى لفظ الموصى ما يدل على تفريق العتق فيهما - فيجعل بينهما.

فرع: إذا قال لأمته الحامل: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فهو حر، وإن كانت جارية فأنت حرة، فولدت غلامًا وجارية:

فإن ولدت الغلام أولًا، عتق ورقت الأم والجارية.

وإن ولدت الجارية أولًا، عتقت الأم بوجود صفة العتق فيها، وعتق الغلام تبعًا لها؛ لأن العتق وقع عليها وهى حامل به فتبعها فى العتق.

وإن ولدتهما معًا، فالذى يقتضى المذهب: أنه لا يعتق أحد منهم؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر.

وإن ولدت أحدهما بعد الأخر ولم يُعلم أيهما نزل أولًا، قال ابن الحداد: عتق

الغلامُ؛ لأنه حر بكل حال، ورقت الجارية؛ لأنها رقيقة بكل حال.

وأما الأم: فإنه يقرع عليها بسهم عتق وسهم رق، فإن خرج عليها سهم العتق، عتقت. وإن خرج عليها سهم الرق، رقت.

فاعترض عليه بعض أصحابنا، وقال: أخطأ؛ لأن الإقراع ههنا لا يكون إلا بين شخصين، فأما شخص واحد يشك فى عتقه، فلا تدخله القرعة.

قال القاضى أبو الطيب: وهذا الذى قاله هذا القائل ليس بصحيح؛ لأن الإقراع هاهنا بين شخصين وهو الابن والأم؛ لأن سبب العتق وجد فى أحدهما؛ لأن ولادة البنت سبب عتقها وولادة الابن سبب عتقه، وعلم أنه وجد فى أحدهما، ولم يعلم بعينه؛ فوجب الإقراع بينهما.

فرع: وإن كان له أربع إماء، فقال: كلما وطئت واحدة منكن، فواحدة حرة، فوطئ ثلاثًا منهن ولم يطأ الرابعة:

قال ابن الحداد: أقرع بين الموطوءة أولًا وبين الرابعة التى لم توطأ، فإن خرجت قرعة العتق على الرابعة، عتقت، ثم تعاد القرعة بين الثانية والأولى فإن خرجت قرعة العتق على الأولى، عتقت، ثم تعاد القرعة بين الثانية والثالثة.

قال القاضى أبو الطيب: وبيان صحة ما قاله أنه بناه على أصلين:

أحدهما: أن الموطوءة تدخل فى لفظ العتق كما يدخل غيرها.

والثانى: أن الوطء اختيار لملك الموطوءة ويعتبر العتق فى غيرها.

إذا ثبت هذان الأصلان: فإنه إذا وطئ إحداهن، فقد وقع العتق على واحدة من الأربع بغير عينها، فلما وطئ الثانية والثالثة، كان اختيارًا لملكهما، وتعين العتق بين الأولى والرابعة؛ فوجب الإقراع بينهما لتعيين العتق فى إحداهما.

فإن قيل: أليس قد وطئ الأولى كما وطئ الثانية والثالثة، فهلا قلتم: إن العتق ينصرف عنها ويتعين فى الرابعة بغير قرعة؟

فالجواب: أن الثانية والثالثة وطئهما بعد وقوع العتق على إحداهن والتعيين إليه؛ فكان وطؤهما اختيارًا لملكهما، ووطئ الأولى قبل وقوع العتق، وإنما وقع العتق بعد هذا الوطء.

وأما العتق الواقع بوطء الثانية: فهو شائع بينها وبين التى لم تعتق بوطء الأولى، وهى إما الأولى وإما الرابعة.

وأما الثالثة: فقد وطئها بعد وقوع العتق بوطء الثانية فكان اختيارًا لملكها، وصُرف العتق عنها؛ فتردد العتق الواقع بوطء الثانية بين الثانية والأولى والرابعة.

وأما العتق الواقع بوطء الثالثة: فهو شائع بينها وبين التى لم تعتق بالقرعة الأولى أو الثانية، وهى الأولى أو الثانية أو الرابعة، فيقرع بينهما، فإذا خرجت القرعة على إحداهما، عتقت، فنكون قد عينا العتق فى ثلاث منهن وأرققنا واحدة منهن.

ومن أصحابنا من خالفه فى ذلك وقال: الوطء لا يكون اختيارًا لملك الموطوءة كما لا يكون رجعة فى المطلقة، ووافقه أن الموطوءة تدخل فى لفظ الإعتاق كغيرها.

فعلى هذا: قد عتق بوطء الثلاث ثلاث منهن بغير أعيانهن، فيكتب فى ثلاث رقاع عتق، وفى رقعة رابعة رق، ثم يخرج رقعة على إحدى الأربع، فإن خرجت عليها رقعة الرق، رقت وعتق البواقى. وإن خرجت عليها رقعة العتق، عتقت، ثم تخرج رقعة أخرى على أخرى، فإن خرجت رقعة الرق، رقت وعتق الأخريان إلى أن يستوفى عتق ثلاث.

ومن أصحابنا من قال: الموطوءة لا تدخل فى لفظ العتق، والوطء اختيار منه لملك الموطوءة.

فعلى هذا: إذا وطئ الأولى، لم تدخل هى فى العتق، وتعتق واحدة إما الثانية أو الثالثة أو الرابعة، لكنه وطئ الثانية والثالثة، فكان ذلك اختيارًا لملكهما فتعتق الرابعة، وتعتق الأولى بوطء الثانية؛ لأن الرابعة قد عتقت، والثالثة قد اختار تملكها بوطئها، فلم يبق إلا الأولى.

ويعتق بوطء الثالثة الثانية؛ لأن الرابعة قد عتقت بوطء الأولى، والأولى قد عتقت بوطء الثانية، والثالثة هى الموطوءة لا تدخل فى العتق، فلم يبق إلا الثانية.

قال القاضى أبو الطيب: والأول أصح؛ لأن قوله: (كلما وطئت واحدة منكن) عام فى جميعهن، والوطء اختيار للملك، كما قال الشافعى - رحمه الله - فى البائع إذا وطئ الأمة المبيعة فى مدة الخيار، كان اختيارًا للفسخ.

فرع: قال أبو العباس: لو قال: أول عبد يدخل الدار فهو حر، فدخل عبد الدار، احتمل أن يعتق فى الحال، وهو الأصح؛ لأنه أول، واحتمل ألا يعتق حتى يدخل آخر؛ لأنه لا يقال له أول حتى يكون له آخر.

وإن قال: آخر عبد يدخل الدار فهو حر، لم يحكم عليه بعتق عبد حتى يموت فيحكم بعتق آخر من دخل من عبيده الدار؛ لأنه لا يعلم ذلك إلا بموته.

وإن قال: أول عبد يدخل الدار فهو حر، فدخل اثنان معًا، ثم دخل الثالث بعدهما، لم يعتق أحدهم؛ لأن الاثنين لما دخلا معًا لم يكن أحدهما أولًا، واللفظ اقتضى واحدًا، والثالث ليس بأول إلا إن قال: أول عبد يدخل الدار وحده فهو حر، فيعتق الثالث.

وإن قال: أى أمة ابتعتها وتسريتها فهى حرة، فاشترى أمة وتسراها، لم تعتق لأنه عقد الصفة قبل الملك.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ومن ملك أحد الوالدين وإن عَلَوا، أو أحد المولودين وإن سفلوا - عتقوا عليه لقوله - تعالى - ﴿تَكَادُ ٱلسَّمَٰوَٰتُ يَتَفَطَّرۡنَ مِنۡهُ وَتَنشَقُّ ٱلۡأَرۡضُ وَتَخِرُّ ٱلۡجِبَالُ هَدًّا أَن دَعَوۡاْ لِلرَّحۡمَٰنِ وَلَدٗا وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدٗا﴾ [مريم: ٩٠ - ٩٣] - فنفى الولادة مع العبودية؛ فدل على أنهما لا يجتمعان، ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه. وإن ملك بعضه، فإن كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقى؛ لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد، وإن كان بغير سبب من جهته كالإرث لم يقوم عليه؛ لأنه عتق من غير سبب من جهته.

وإن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه؛ لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب.

وإن وجد من يعتق عليه مملوكًا فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه؛ لقوله ﷺ: «لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه» ولا يجب عليه ذلك؛ لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كشراء المال للزكاة.

وإن وصى للمولى عليه بأبيه، فإن كان لا تلزمه نفقته - وجب على الولى قبوله؛ لأنه يعتق عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير إضرار.

وإن كان تلزمه نفقته - لم يجب قبوله؛ لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته وفى ذلك إضرار فلم يجز. وإن وصى له ببعضه، فإن كان معسرًا - لزمه قبوله؛ لأنه لا ضرر عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة، وإن كان موسرًا والأب ممن تلزمه نفقته لم يجب قبوله؛ لأنه

تلزمه نفقته - وفى ذلك إضرار، وإن كان لا تلزمه نفقته، ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز قبوله؛ لأن ملكه يقتضى التقويم وفى ذلك إضرار.

والثانى: يلزم قبوله ولا يقوم عليه؛ لأنه يعتق عليه بغير اختياره فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالإرث.

(الشرح) حديث «لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا...» أخرجه مسلم[١]، والبخارى فى الأدب المفرد[٢]، وأبو داود[٣]، والترمذى[٤]، والنسائى فى الكبرى[٥]، وابن ماجه[٦]، وأحمد[٧]، وابن الجارود فى المنتقى[٨]، والطيالسى[٩]، وابن حبان[١٠]، والطحاوى فى شرح معانى الآثار[١١]، وابن عدى فى الكامل[١٢]، والبيهقى[١٣]، وأبو نعيم فى الحلية[١٤]، والخطيب فى تاريخ بغداد[١٥]، والبغوى فى شرح السنة[١٦] كلهم من طريق سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجزى ولد والدًا إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه».

الأحكام: من ملك أحدًا من الوالدين وإن علوا أو من المولودين وإن سفلوا عتق عليه، فإن ملك بعضه؛ فإن كان برضاه وهو موسر قوم عليه الباقى وعتق، وإن كان بغير رضاه لم يقوم عليه، ومن وجد من يعتق عليه مملوكًا؛ استحب له أن يتملكه

(١) (٢/١٤٨) كتاب: العتق، باب: فضل عتق الوالد حديث (٢٥/١٥١٠).
(٢) حديث (١٠).
(٣) (٥/٣٤٩)، كتاب: الأدب، باب: بر الوالدين حديث (٥١٣٧).
(٤) (٤/٣١٥) كتاب: البر والصلة، باب: فى حق الوالدين حديث (١٩٠٦).
(٥) (٣/١٧٣)، كتاب: العتق، باب: أى الرقاب أفضل حديث (٤٨٩٦).
(٦) (٢/١٢٠٧) كتاب: الأدب، باب: بر الوالدين حديث (٣٦٥٩).
(٧) (٢/٢٣٠).
(٨) برقم (٩٧١).
(٩) (٢٤٠٥).
(١٠) (٤٢٥ - الإحسان).
(١١) (٣/١٠٩) كتاب: العتاق، باب: الرجل يملك ذا رحم محرم منه.
(١٢) (٣/٥٧ - ٥٨).
(١٣) (١٠/٢٨٩).
(١٤) (٦/٣٤٥).
(١٥) (١٤/٣٠٦).
(١٦) (٥/٢٦١).

ليعتق عليه، وإن أوصى المولى عليه بمن يعتق عليه، وإن كان معسرًا لزم الناظر فى أمره أن يقبله وإن كان موسرًا، وإن كان ممن لا تلزمه نفقته وجب قبوله، وإن كان ممن تلزمه نفقته لم يجب قبوله، وإن وصى له ببعضه وهو معسر لزمه قبوله، فإن كان موسرًا وهو ممن تلزمه نفقته لم يجز القبول وإن لم تلزمه نفقته ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز القبول.

والثانى: يلزمه ولكن لا يقوم عليه[1].

هذا مذهبنا - إجمالًا - وخالفنا أصحاب المذاهب الأخرى فى عدة أمور تتضح من استعراض مذاهبهم كالتالى:

١ - ذهبت الحنفية والحنابلة والزيدية والإباضية إلى أن من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه، والمراد بذى الرحم المحرم - عندهم - القريب الذى يحرم تزوجه لو كان أنثى كالأصل والفرع، والأخوة والأعمام والأخوال، سواء أكان الملك اختياريًا: كما إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه الرقيقين، أم اضطراريًا: كالإرث، كما إذا اشترت أمه عمه، ثم ماتت الأم فأصبح الابن وارثًا للتركة التى من جملتها عمه فيعتق عليه جبرًا.

واستدلوا على ذلك بالمنقول، والمعقول.

أما المنقول فقوله ﷺ: «وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْه عَتَقَ عَلَيه»[2].

---

(١) ينظر: الكفاية خ.

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٥٩ - ٢٦٠) كتاب: العتق، باب: من ملك ذا رحم حديث (٣٩٤٩)، والترمذى (٣/ ٦٤٦) كتاب: الأحكام، باب: من ملك ذا رحم محرم حديث (١٣٦٥)، والطيالسى (١/ ٢٤٥ - منحة) حديث (١٢٠٥)، وابن الجارود فى المنتقى رقم (٩٧٣)، والطبرانى فى الكبير رقم (٦٨٥٢)، والحاكم (٢/ ٢١٤) كتاب: العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم فهو حر، والبيهقى (١٠/ ٢٨٩) كتاب: العتق، باب: من يعتق بالملك، والبغوى فى شرح السنة (٥/ ٢٦١ - ٢٦٢)، كلهم من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ قال: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر».

قال الترمذى: لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة، وقد روى بعضهم هذا الحديث عن قتادة عن الحسن عن عمر شيئًا من هذا. ا. هـ.

ومن هذا الوجه أخرجه أبو داود (٣٩٥٠) من طريق سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن عمر بن الخطاب من قوله.

وقال أبو داود: سعيد أحفظ من حماد.

قال الحافظ فى التلخيص (٤/ ٢١٢): قال الترمذى: لم يروه إلا حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن، ورواه شعبة عن قتادة عن الحسن مرسلاً وشعبة أحفظ من حماد. ا. هـ. =

وأما المعقول: فهو أن الشارع إنما حرم نكاح مثل الأخت؛ لما في ذلك من قطيعة الرحم التي أمرنا بوصلها ونهينا عن قطعها.

= والحديث أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤٣) كتاب: العتق، باب: من ملك ذا رحم فهو حر حديث (٢٥٢٤)، والترمذي (١٣٦٥م)، والحاكم (٣/ ٦٣٨) من طريق محمد بن بكر البرساني عن حماد عن قتادة وعاصم الأحول كلاهما عن الحسن عن سمرة به.

وقال الترمذي: لا نعلم أحدًا ذكر في هذا الحديث «عاصمًا الأحول» عن حماد بن سلمة غير محمد بن بكر. اهـ.

وقد اختلف في سماع الحسن من سمرة أيضًا.

لكن للحديث شاهد من حديث ابن عمر:

أخرجه النسائي في الكبرى (٣/ ١٧٣) كتاب: العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم حديث (٤٨٩٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب: العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم فهو حر، حديث (٢٥٢٥)، وابن الجارود في المنتقى (٢/ ٩٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار، كتاب العتاق، باب: من ملك ذا رحم محرم منه والحاكم (٢/ ٢١٤)، كتاب العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم فهو حر، والبيهقي (١٠/ ٢٩٠)، كتاب العتق، باب: من يعتق بالملك، كلهم من طريق ضمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله ابن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمثل حديث سمرة.

وعلقه الترمذي (٣/ ٦٤٧) كتاب: الأحكام، باب: من ملك ذا رحم محرم حديث (١٣٦٥)، وقال: ولا يتابع ضمرة بن ربيعة على هذا الحديث وهو حديث خطأ عند أهل الحديث.

وقال النسائي: هذا حديث منكر.

وقال البيهقي: إنه وهم فاحش والمحفوظ بهذا الإسناد حديث النهي عن بيع الولاء وعن هبته.

أما الحاكم فقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي وقد وافقه على تصحيحه ابن حزم في المحلى (٩/ ٢٠٢)، فقال: هذا خبر صحيح تقوم به الحجة كل رواته ثقات وإذا انفرد به ضمرة كان ماذا أو دعوى أنه أخطأ فيه باطل؛ لأنها دعوى بلا برهان، اهـ.

وصححه أيضًا عبد الحق الأشبيلي وابن القطان.

قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٧٩): قال عبد الحق في أحكامه تفرد به ضمرة بن ربيعة الرملي عن الثوري، وضمرة ثقة والحديث صحيح إذا أسنده ثقة، ولا يضر انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه. انتهى، قال ابن القطان: وهذا الذي قاله أبو محمد هو الصواب، ولو نظرنا الأحاديث لم نجد منها ما روى متصلاً، ولم يرو من وجه آخر منقطعًا أو مرسلاً أو موقوفًا إلا القليل وذلك لاشتهار الحديث وانتقاله على ألسنة الناس فجعل ذلك علة في الأخبار لا معنى له. اهـ.

وقد أحسن ابن التركماني الرد على البيهقي في شأن تضعيف البيهقي لهذا الحديث. =

وإنما كان الزواج من المحارم يؤدى إلى قطيعة الرحم؛ لما فى نكاحهن من ذل الاستفراش وذل ملك النكاح، وهذا المعنى وهو الذل المؤدى إلى قطيعة الرحم موجود بصورة أظهر فى ملك اليمين؛ لأن المالك يتصرف فى أخته مثلًا كيف شاء من بيع أو هبة أو إجارة أو إعارة أو استخدام أو غير ذلك، فكلما كان الذل أقوى كان هو بالمنع أولى.

وللصيانة عن قطيعة الرحم حرم الشارع نكاح الأختين، وقال ﷺ: «إِنَّكُم إِنْ فَعَلْتُم هَذَا قَطَعْتُم أَرْحَامَكُم»[1].

٢ - وذهبت المالكية إلى أنه لا يعتق عليه إلا الأصل والفرع والأخوة والأخوات.

أما الأصل فلقوله ﷺ: «لا يَجْزِى وَلَدٌ عَنْ وَالِدِهِ إِلَّا أَنْ يَجِدَه مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَه فَيَعْتِقَه».

قال الإمام مالك: إنه يفهم من هذا الحديث أنه إذا اشترى الرجل أباه عتق عليه، وأما الفرع فيعتق عليه قياسًا على الأب؛ بجامع البغيضة فى كلٍّ؛ ولذلك قال النبى ﷺ: «فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّى»[2].

وأما الإخوة فيعتقون عليه بالقياس على الأب بجامع الاتصال فى كلٍّ، فكما أن الأب متصل بابنه بدون واسطة، فالأخ متصل بأخيه بدون واسطة، بخلاف ابن الأخ إذا ملكه؛ فإنه متصل به بواسطة الأخ؛ فلا يعتق عليه.

= فقال فى الجوهر النقى (١٠/ ٢٩٠): ليس انفراد ضمرة به دليلاً على أنه غير محفوظ، ولا يوجب ذلك علة فيه؛ لأنه من الثقات المأمونين لم يكن بالشام رجل يشبهه، كذا قال ابن حنبل وقال ابن سعد: كان ثقة مأمونًا لم يكن هناك أفضل منه، وقال أبو سعيد بن يونس: كان فقيه أهل فلسطين فى زمانه... والحديث إذا انفرد به مثل هذا كان صحيحًا ولا يضره تفرد فلا أدرى من أين وهم فى هذا الحديث راويه كما زعم البيهقى، قال ابن حزم: هذا خبر صحيح تقوم به الحجة كل رواته ثقات، وإذا انفرد به ضمرة كان ماذا ودعوى أنه أخطأ فيه باطل؛ لأنه دعوى بلا برهان. اهـ. وللحديث شاهد آخر عن عائشة.

أخرجه ابن عدى فى الكامل (٢/ ٢٦) من طريق بكر بن خنيس عن عطاء بن عجلان عن ابن مليكة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم عتق».

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخارى (٧/ ٤٤٣) كتاب فضائل أصحاب النبى ﷺ (٣٧١٤) وطرفه فى (٣٧٦٧) عن المسور بن مخرمة.

وأخرجه من طريق أخرى عنه أحمد (٤/ ٣٢٣و٣٣٢) والحاكم فى المستدرك (٣/ ١٥٨) وصححه ووافقه الذهبى، ولفظه: «فاطمة مضغة منى يقبضنى ما قبضها ...».

٣ - وأما الظاهرية: فعبارة ابن حزم هى ما يأتى:

(ومن ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ساعة يملكه، فإن ملك بعضه، لم يعتق عليه إلا الوالدان خاصة والأجداد والجدات؛ فإنهم يعتقون عليه كلهم إن كان له مال يبلغ قيمتهم، فإن لم يكن له مال، استسعوا، وهم الأصول والفروع والأعمام والعمات، وغير ذلك من كل ذى رحم محرم).

٤ - وأما الإمامية فإنهم يقولون: إنه يحرم على الرجل والمرأة أن يملك كل واحد منهما الأصل والفرع.

أما غير الأصل والفرع من كل ذى رحم محرم منه؛ كالأخ، والأخت، وغيرهما: فيحرم على الرجل تملكه.

أما المرأة: فلا يحرم عليها تملك غير الأصل والفروع، فيجوز عندهم أن تملك المرأة أخاها مثلًا ولا يعتق عليها[1].

هذا ما ذهب إليه أصحاب المذاهب الأخرى، وما استدلوا به إجمالًا، وواضح أن هناك العديد من الأمور الخلافية بيننا وبينهم، وأن بعض ما أوردوه من أدلة قوى بحيث يحتاج إلى تحليل ومناقشة. وأن البعض الآخر من الضعف البين بحيث لا يحتاج إلى نقاش؛ ولبيان ذلك كله بيانًا شافيًا إن شاء الله نقول:

ومن ملك أحد الوالدين وإن علوا، أو المولودين وإن سفلوا - عتق عليه.

أما فى الأولاد فلقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا۟ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَٰنُ وَلَدًا ۗ سُبْحَٰنَهُۥ ۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦]؛ فدل على أنهم لما كانوا عبادًا لم يجز أن يكونوا أولادًا؛ فانتفى بذلك استقرار ملك على ولد.

وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنۢبَغِى لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا إِن كُلُّ مَن فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّآ ءَاتِى ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا﴾ [مريم: ٩٢،٩٣] يعطى هذا المعنى.

وأما فى الآباء فلقوله ﷺ «لَنْ يَجْزِىَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَه فَيعْتِقَ عَلَيهِ»، وروى: «فَيُعْتِقَه»[2].

وهذه الرواية محمولة على الأولى، ويكون التعبير بالعتق عن الإعتاق لقوله

(١) ينظر مذهب الحنفية فى الزيلعى (٣/ ٧٠) البحر الزخار (٤/ ١٩٣، ١٩٤) المحلى (٩/ ٢٠٠، ٢٠٥).

(٢) تقدم.

عليه السلام: «يا كعب، الناس غاديان: بائع نفسه فموبقها، ومشتر نفسه فمعتقها»[(١)].

فإن قيل: قد روى أن النبى ﷺ قال: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَقَدْ عَتَقَ عَلَيْهِ»[(٢)] كما أخرجه النسائى عن ضمرة بن سفيان الثورى عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر - رضى الله عنهم - وكذلك أخرجه ابن ماجه، لكن لفظه: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ»[(٣)]. وهذا نص يشمل من ذكرتم وغيرهم من سائر المحارم، فلم اقتصرتم على بعضهم؟

قيل: هذا الحديث قد ضعفه أصحاب الحديث على تقدير سلامته من الطعن؛ كما صار إليه بعض المتأخرين متمسكًا بأن انفراد ضمره بهذا الحديث لا يصلح أن يكون علة فيه؛ لأن ضمرة ثقة والحديث صحيح، وقد أسنده ثقة فلا يضره انفراده ولا إرسال من أرسله ولا توقيف من أوقفه، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الحديث مقصور على الوالدين والمولودين؛ لأن حقيقة الرحم مختصة بالولادة، ويطلق على غير هذا مجازًا، والأحكام الشرعية تتعلق بحقائق الأسماء دون مجازها؛ كذا قاله الماوردى.

الثانى: على تقدير التسليم بأن الحديث يشمل الجميع فإنَّا نخصصه بالقياس، وهو أن كل قرابة لا ترد الشهادة له لا تعتق بالملك؛ قياسًا على بنى الأعمام طردًا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٢٠٧١٩) وأحمد ٣/ ٣٢١ وابن حبان (١٧١٤) والحاكم (٤/ ٤٢٢) وصححه ووافقه الذهبى والبزار (١٦٠٩ - كشف الأستار) عن جابر بن عبد الله بلفظ «. . . «يا كعب بن عجرة، الناس غاديان، فمبتاع نفسه فمعتقها، أو بائع نفسه فموبقها».
وذكره الهيثمى فى المجمع (٥/ ٢٥٠) وقال:
رواه أحمد والبزار . . . ورجالهما رجال الصحيح.
وله طريق أخرى عنده فى ١٠/ ٢٣٣، وقال:
رواه أبو يعلى ورجاله رجال الصحيح غير إسحاق بن أبى إسرائيل، وهو ثقة مأمون.
وله شاهد من حديث كعب بن عجرة:
أخرجه الطبرانى فى الكبير ١٩/ ١٣٥ (٢٩٨)، وفى الصغير (١/ ٢٢٤ - ٢٢٥)، وقال الهيثمى فى المجمع (١٠/ ٢٣٣): رواه الترمذى باختصار، ورواه الطبرانى فى الأوسط ورجاله ثقات .

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

وعلى الوالدين عكسًا.

واعلم أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الولد والوالد متفقين فى الدين أو مختلفين ولا من جهة الأم وجهة الأب، ولا بين الذكور والإناث.

وهل يندرج فى الأولاد المنفى باللعان؟

فيه وجهان فى تعليق القاضى الحسين.

قال ابن الرفعة: ثم وقت نفوذ العتق عند أبى إسحاق وقت دخوله فى الملك؛ كما حكاه من قبل، وعند الإمام: أنه مرتب على الملك؛ كما حكاه ضمن فرع من الفروع المذكورة فى كتاب العتق.

فإن قيل: هذا مشكل؛ لأن من القواعد المطردة أن ما منع من الدوام منع من الابتداء والقرابة تقطع دوام الملك، فينبغى أن تمنع من الابتداء.

قلت - أى: ابن الرفعة -: هذا السؤال أغلوطة؛ لأن القرابة لا يتصور طرآنها على دوام الملك حتى تقطعه، فيقال: إن ابتداءه ممنوع، بل لا يتصور حصوله فيمن يعتق عليه إلا والقرابة إما سابقة عليه أو مقارنة له؛ كما إذا وطئ الابن جارية أبيه فأحبلها، فإن الولد ينعقد رقيقًا على ملك الأب، ثم يعتق. عليه؛ كما حكاه الإمام فى الفروع المذكورة فى كتاب العتق.

وإذا كان كذلك لم تكن هذه المسألة مندرجة فى هذه القاعدة(١).

هكذا انتصر ابن الرفعة لمذهبنا، ثم استقصى فى تفنيد آراء المخالفين، وإنما اكتفينا بذلك خشية الإطالة، وفيما يلى من الفروع مزيد بيان لأحكام الفصل:

فرع: إن ملك بعض من يعتق عليه برضاه، أى: كما فى البيع، والهبة، وقبول الوصية، وهو موسر - عتق عليه ذلك البعض، وقوم عليه الباقى، وعتق عليه أيضًا.

ووجه عتق ما ملكه منه: أن كل سبب إذا وجد فى الكل عتق به، فإذا وجد فى البعض عتق به؛ كالإعتاق.

ووجه السراية: أن الضمان يجب بالسبب، وهذا التمليك سبب للعتق، وأن اختياره لملك البعض المقتضى للعتق اختيار منه لعتق الجميع حيث كان العتق

(١) ينظر: الكفاية خ .

يسرى؛ كما أن من جرح غيره فمات من سراية الجراحة جعل قاصدًا إلى قتل النفس؛ لأن الجرح يسرى.

ثم العتق متى يسرى: هل فى الحال أو بدفع القيمة؟ فيه قولان فى (الشامل)، وهذا إذا كان التملك فى الصحة.

أما إذا كان فى المرض، نظر:

فإن كان سبب الملك الشراء نظر:

فإن خرج قيمة جميعه من الثلث، فالحكم كما تقدم، ولا يرث من الذى عتق عليه؛ لئلا يكون عتقه وصية لوارث.

وفى (الحاوى) حكاية وجه: أنه يرث، حكاه فى كتاب التدبير.

وإن لم يخرج من الثلث إلا قيمة ما اشتراه لم يسر، وإن كان لا ثلث له يفى بقيمة ما اشتراه؛ لكونه عليه دين مستغرق، فهل يصح الشراء، ويباع فى الدين، أو لا يصح؟ فيه وجهان مذكوران فى كتاب الوصية عن ابن سريج، وبناهما القاضى الحسين على الخلاف فى أنه هل يحسب من رأس المال أو من الثلث؟ فإن قلنا بالأول لم يصح، وإلا صح، وبيع فى الدين.

وإن كان سبب الملك هبة أو قبولًا لوصية، فلا شك أن قيمة ما يسرى إليه معتبرة من الثلث، وهل تعتبر قيمة ما وهب له أو وصى له به من الثلث أيضًا؟

فيه خلاف أصله: ما إذا ملك قريبه بالإرث، فإنه يعتق عليه، وهل يحسب من الثلث أو من رأس المال؟ فيه وجهان، المذهب منهما فى تعليق البندنيجى والتتمة والتهذيب، كما هو مذكور فى كتاب الوصية -: أنه محسوب من الثلث.

فعلى هذا ما اتهبه أو أوصى له من طريق الأولى.

وعلى مقابلة - وهو الأصح فى (الشامل)، وبه أجاب الغزالى فى كتاب الوصية، وإن حكى الخلاف فى كتاب العتق - هل يحسب الموصى به أو الموهوب من الثلث أو من رأس المال؟ فيه وجهان: ينبنيان على أن المعنى الذى لأجله يحسب ما ملكه بالإرث وعتق عليه من رأس المال...؟ وفيه وجهان حكاهما القاضى الحسين:

أحدهما: أنه لم يجز ملكه فعلى هذا يحسب ما قبله هبة أو وصية من الثلث، فإن

قلنا: يعتبر من رأس المال، نظرنا إلى قيمة نصيب الشريك، فإن خرجت كلها من الثلث أو بعضها سرى العتق إليهما، وإلّا فلا.

وإن اعتبرنا قيمة ما وهب له أو وصى له به من الثلث، فإن خرج من الثلث مع قيمة الباقى سرى العتق، وإلا اقتصر على عتق ما يفى به من الثلث.

واعلم: أن ما ذكرناه من اعتبار قيمة المشترى من الثلث مفروض فيما إذا كان الثمن قدر القيمة، أما إذا كان الثمن خمسمائة مثلًا والقيمة ألفًا، فإن قلنا إن الموصى به يحسب من رأس المال لم يحتسب من الثلث فى مسألتنا إلا الثمن.

وإن قلنا: إن الموهوب يحسب من الثلث، والمحسوب من الثلث القيمة؛ كذا قاله القاضى الحسين.

فرع: وإن ملك من يعتق عليه بغير رضاه، أى: كما لو ورثه، أو كان قد باعه مورثه فرد عليه بعد موته بالعيب، أو ملكه مكاتبه ثم عجز نفسه ونحو ذلك لم يقوّم عليه؛ لأنه ضرر غير مرتضى به[1].

فرع: وإن ولدت المرأة ولدًا من الزنى وملكه الزانى بها، لم يعتق عليه.

وقال أبو حنيفة: يعتق عليه.

دليلنا: أنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب، فلا يتعلق بها وجوب الإعتاق، كما لو ولدته لأكثر من أربع سنين من حين الزنى.

فرع: وإذا وصى له بمن يعتق عليه، أو وهب له، أو قدر على شرائه، فالمستحب له أن يقبل الوصية والهبة ويشتريه ليعتق عليه؛ لقوله ﷺ: «لَا يَجْزِى وَلَدٌ وَالِدَه إِلَّا أَنْ يَجِدَه مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَه فَيُعْتِقَه»[2].

ومعناه: فيعتقه بالشراء؛ كقوله ﷺ: «النَّاسُ غَادِيان: فَبَائِعٌ نَفْسَه فَمُوبِقُها؛ وَمُشْتَرِيها فَمُعْتِقُهَا»[3].

ولا يجب على ذلك، وهو قول كافة العلماء.

وقال بعض الناس: إذا أوصى له بأبيه أو وهب له، وجب عليه القبول؛ ليخلصه

---

(١) ينظر: الكفاية خ .
(٢) تقدم
(٣) تقدم

من ذل الرق.

دليلنا: أنه اجتلاب ملك فلم يجب عليه قبوله، كما لو وصى له بغير أبيه، ولأنه لا يجب عليه شراء أبيه، فلم يجب عليه قبول الوصية والهبة فيه.

فرع: وإن وصى للمولى عليه بمن يعتق عليه بالملك أو وهب له:

فإن كان المولى عليه معسرًا، وجب على الولى أن يقبل له الوصية والهبة؛ لأنه يحصل للمولى عليه بذلك الثواب والولاء من غير ضرر عليه.

وإن كان المولى عليه موسرًا:

فإن كان الموصى به له يلزم المولى عليه نفقته، لم يجز للولى قبوله؛ لأن النفقة تلزم المولى عليه.

وإن كان المولى عليه لا تلزمه نفقته، وجب على الولى أن يقبل له الوصية والهبة؛ لأنه لا ضرر على المولى عليه.

وإن وصى له ببعضه:

فإن كان المولى عليه معسرًا، لزم الولى قبوله؛ لأنه لا يقوم على المولى عليه ولا تلزمه نفقته.

وإن كان موسرًا:

فإن كان الموصى به زمنًا يلزمه نفقته، لم يجز للولى قبوله؛ لأنه يدخل الضرر على المولى عليه بوجوب النفقة عليه.

وإن كان الموصى به صحيحًا مكتسبًا، ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز للولى قبوله؛ لأنه يلزم المولى عليه الضرر بالتقويم.

والثانى: يلزم الولى قبوله، ولا يقوم على المولى عليه ولا يسرى؛ لأنه يدخل فى ملكه بغير اختياره، فهو كما لو ملك بعضه بالإرث.

فرع: إذا وصى رجل بجارية لزوجها، فمات الموصى، ثم مات الموصى له قبل قبول الوصية، وللموصى له ابن من هذه الجارية يرثه - فالابن بالخيار: بين أن يقبل الوصية وبين أن يردها.

فإن ردها، بقيت الأمة على ملك ورثة الموصى.

وإن قبل الابن الوصية واحتملها الثلث، صح ذلك ودخلت فى ملك الزوج أولًا،

ثم انتقلت إلى ابنه ميراثًا وعتقت عليه.

وإن لم يحتمل الثلث إلا بعضها ولم تجز الورثة باقيها، صحت الوصية فيما احتمل الثلث منها، ودخل فى ملك الزوج بقبول الابن، ثم ينتقل بعد ذلك إلى ملك ابنها بالإرث عن أبيه، ويعتق عليه ذلك.

فإن كان الابن معسرًا، لم يسر العتق إلى باقيها.

وإن كان موسرًا، فهل يقوم عليه باقيها ويسرى العتق إليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: قال ابن الحداد: يقوم عليه ويعتق؛ لأنه اجتلب ملك بعضها بقبول الوصية فيقوم عليه باقيها، كما لو أوصى ببعض أمة فقبلها.

والثانى: من أصحابنا من قال: لا تقوم عليه؛ لأنه ملك بعضها بالإرث عن أبيه، فهو كما لو ورث بعض أمة من غير الوصية.

قال القاضى أبو الطيب: والأول أصح؛ لأن له صنعًا فى ملك بعضها، وهو قبوله.

قال: ونظيرها: إذا باع بعض أمة له بثوب وقبض الثوب ومات بائع الأمة وورثه رجل هو ابن الأمة، فوجد الابن بالثوب عيبًا فرده - رجع إليه بعض أمه.

وهل يقوم عليه باقيها إن كان موسرًا؟ عليالوجهين، الصحيح: أنه يقوم عليه.

فرع: إذا تزوج رجل أمة لغيره فأولد منها ابنًا، ثم ملكها، عتق عليه ابنه وانفسخ النكاح.

فإن ملك الأمة، ثم أوصى بهذه الجارية زوجها لابن لها من غيره:

فإن رد الموصى له الوصية، ملكها ابنها منه إرثًا عن أبيه، وعتقت عليه.

وإن قبلها الموصى له وخرجت من الثلث، عتقت عليه؛ لأنها أمه.

وإن لم يكن له مال غيرها ولم يجز ابنها الوصية فيها، عتق ثلثها على ابنها الموصى له، وعتق ثلثاها على ابنها الوارث.

وإن أجاز ابنها الوصية فيما زاد على الثلث:

فإن قلنا: إن الإجازة ابتداء عطية من الوارث، لم تصح الإجازة؛ لأنه ليس له أن يهب أمه.

وإن قلنا: الإجازة تنفيذ لما فعله الموصى، صحت الإجازة، وعتق جميعها على

الابن الموصى له.

فرع: وإن كان لرجل أمة وله ابن من غيرها، ولها ابن من غيره، فأوصى بها لابنها ولا مال له غيرها، فمات الموصى، فأعتق ابنه ثلثيها، ثم قبل ابنها الوصية فيها:

فإن قلنا: إن الموصى له يملك الوصية بالقبول، سرى إعتاق الوارث إلى ثلثها الموصى به.

وإن قلنا: تبين بالقبول أنه ملك بموت الموصى، فقد قال ابن الحداد:

لا يقوم نصيب الابن الوارث على ابن الأمة الموصى له وإن كان عتقه سابقًا لعتق الوارث.

ومن أصحابنا من خالفه وقال: يقوم ما زاد على الثلث على الابن الموصى له إن كان موسرًا؛ لأن عتق نصيب الموصى له سابق لعتق نصيب الوارث، فيقوم عليه، ولأن ابن الحداد قال: إذا أوصى بها لابنها الذى ليس منه ولأجنبى، فقبل الأجنبى الوصية فى نصفها وأعتقه، ثم قبل ابنها الوصية، تبينا أنه عتق على ابنها نصفها حين موت الموصى، فوجب تقويم نصف الأجنبى عليه لأن عتق نصيب ابنها سابق لعتق نصيب الأجنبى، فكذا هذا مثله.

ومنهم من صوب قول ابن الحداد، وقال: لا يقوم على ابنها نصيب الوارث الذى أعتقه؛ لأن ملك الوارث آكد من ملك الموصى له؛ لأنه ينتقل إلى الوارث من غير قبول. فإذ أعتق ذلك، صح واستقر، والموصى له لا يملك إلا بالقبول.

وإذا قلنا: إنه تبين بالقبول أنه ملك بالموت، ففى ذلك خلاف بين أهل العلم، فلم يجز إبطال الأقوى بالأضعف. وليس كذلك إذا كانت الوصية للأجنبى ولابنها؛ لأن سبب ملكهما واحد وهو الوصية والقبول، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فجعلنا الحكم للسابق.

فرع: وإن وصى لرجل بمن يعتق عليه، فمات الموصى، ثم مات الموصى له قبل القبول وله وارثان، فقبل أحدهما الوصية ورد الآخر، فإن نصيب القابل يدخل فى ملك الموصى له ويعتق عليه، وهل يقوم الباقى على القابل؟

قال ابن الحداد: إن كان القابل قد ورث عن الموصى له قدر قيمة الباقى، قوم عليه الباقى. وإن ورث عنه أقل من قيمة الباقى، قوم عليه من باقى العبد بقدر ما

ورث عن الموصى له. وإن لم يرث عن الموصى له شيئًا، لم يقوم عليه وإن كان موسرًا من غير ميراثه عنه؛ لأن التقويم لزم على المتوفى لعتقه عنه فى نصيب أحد الوارثين، فتعلق بما ورث عنه وقدم على الميراث، ولم يتعلق بنصيب الوارث الآخر؛ لأن العتق لم يثبت على الموصى له فى نصيبه.

قال القاضى أبو الطيب: ويجىء فى مثل هذا ما قال بعض أصحابنا: إنه لا يقوم عليه؛ لأنه دخل فى ملك القابل بالإرث، والأول أصح.

فرع: إذا كان لرجل أمة ولها ابن حر من غيره، فزوجها مالكها من رجل وحملت من الزوج، فاشتراها زوجها وابنها الحر من مولاها وهى حامل صفقة واحدة، فإن نصيب الابن من الجارية يعتق عليه؛ لأنه ملك بعض أمه، ويتبعه نصف حملها: فإن كان الابن معسرًا، لم يقوم عليه نصيب الزوج. وإن كان موسرًا، قوم عليه نصيب الزوج من الجارية.

وأما نصيب الزوج من الحمل: فإنه يعتق عليه؛ لأنه ملك بعض ولده، ولا يقوم نصيب أحدهما بالحمل على صاحبه بحال؛ لأن عتق نصيبهما وقع عليهما فى حالة واحدة.

فإن لم يشترياها ولكن أوصى بها مولاها لهما، فإن قبلا الوصية فى حالة واحدة، بأن اتفق لفظهما فى القبول أو وكلا وكيلا فقبل لهما بكلمة واحدة - فهو كما لو اشترياها صفقة واحدة.

وإن قبل الوصية أحدهما بعد الآخر، بنى على وقت ملك الموصى له، فإن قلنا: يتبين بالقبول أنه ملك بالموت، فهو كما لو قبلا الوصية فى حالة واحدة.

وإن قلنا: يملك الموصى له بالقبول، نظرت:

إن قبل الزوج أولًا، عتق عليه نصف الحمل؛ لأنه ملك بعض ولده، وقوم عليه النصف الآخر للموصى له إن كان موسرًا، ثم إذا قبل الابن بعده، عتق عليه نصف الأمة؛ لأنها أمه، ويقوم عليه نصفها للزوج إن كان الابن موسرًا فيتقاصان فيما استويا فيه من القيمة ويترادان بالفضل.

وإن قبل الابن أولًا، عتق عليه نصف الأمة، وتبعها نصف الحمل، وقوم عليه نصف الأمة ونصف الحمل للزوج.

فرع: وإذا أسر المسلم أباه الحربى وانفرد بأسره، قال ابن الحداد: لم يعتق

عليه؛ لأن الإمام فيه بالخيار: بين قتله ومفاداته والمن عليه، فلو أعتقناه، لأبطلنا خيار الإمام فيه، ولأن الغانم لا يملك شيئًا إلا أن يختار تملكه، ولم يوجد من الابن الاختيار لتملكه.

فإن اختار الإمام استرقاقه، واختار الابن تملكه، عتق على الابن أربعة أخماسه، ويكون خمسه لأهل الخمس.

فإن كان الابن معسرًا رق خمسه، وإن كان موسرًا، قوم عليه الخمس وعتق عليه.

وإن لم يختر الابن تملكه، كانت أربعة أخماسه مرصدة لمصالح المسلمين، وخمسه لأهل الخمس.

وإن سبى أمه وابنه الصغير واختار تملكهما عتق عليه أربعة أخماسهما، وقوم عليه خمسهما لأهل الخمس إن كان موسرًا؛ لأنه لا خيار للإمام فيهما.

وإن لم يختر تملكهما، كانت أربعة أخماسهما لمصالح المسلمين، وخمسهما لأهل الخمس.

فرع: إذا قال رجل لعبدين له: أحدكما حر على ألف، فقال كل واحد منهما: قد قبلت، عتق أحدهما لا بعينه، وله أن يعين أيهما شاء، ولا يقرع بينهما ما دام حيًا، فإن مات قبل البيان ولا وارث له، أقرع بينهما.

وإن كان له وارث، فهل يقوم مقامه فى البيان؟ فيه وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب:

أحدهما: يقوم مقامه فى البيان كسائر حقوقه.

والثانى: يقرع بينهما كما أقرع النبى ﷺ لتعيين العتق فى العبيد الستة.

فإذا أقرع بينهما وخرجت القرعة لأحدهما، عتق.

قال ابن الحداد: ولزم العبد قيمته لمولاه، ولا تلزمه الألف؛ لأنه زال ملكه عنه بعوض مجهول ولا يمكنه الرجوع إلى العبد، فيرجع عليه بقيمته.

ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر: أنه يرجع عليه بالألف.

قال القاضى أبو الطيب: وهذا هو القول القديم فى الصداق إذا تلف فى يد الزوج قبل القبض، أو تلف عوض الخلع فى يد الزوجة قبل القبض. والأول أصح.

فرع: ولو كانت جارية وولدها فى يد ثلاثة رجال إخوة، فقال أحدهم: هذه أم

ولدى وهذا ولدها منى.

وقال آخر: هذه أم ولد أبينا وولدها أخونا.

وقال الثالث: هذه أمتى وولدها عبدى.

ولا بينة لواحد منهم - قال ابن الحداد: فإنه يعتق ثلث الجارية وثلث ولدها بإقرار من قال: هى أم ولد أبينا، ويعتق ثلث ثانى من الولد بإقرار من قال: الجارية أم ولدى وولدها منى، ويصير ثلث الجارية أم ولد له، ويسرى إلى ثلث الجارية وثلث ولدها، فيلزم الذى أقر بكونها أم ولد له ثلث قيمتها وثلث قيمة ولدها إن كان موسرًا بقيمتها للذى ادعى أنهما مملوكان له. ويثبت نسب الولد من الذى ادعى أنه ابنه؛ لأنه أقر بثبوت نسبه منه ولا منازع له فى ذلك. ولا يثبت النسب من الأب؛ لأنه إقرار من بعض الورثة.

فرع: إذا قال: إن لم أحج العام فعبدى حر، فادعى أنه حج، فأقام العبد بينة أنه كان يوم النحر بالكوفة، قال فى (الفروع): عتق العبد؛ لأن الحال إذا كان كذلك استحال أن يكون حج تلك السنة.

مسائل من الدور فى العتق:

إذا أوصى رجل بعتق عبد، فاكتسب العبد مالًا بعد الوصية وقبل موت سيده، فإن جميع كسبه يكون ملكًا لسيده ولورثته بعده؛ لأن عتقه قبل موت سيده غير لازم؛ لأن للموصى أن يرجع فى وصيته بعتقه.

وإن مات الموصى فاكتسب لهذا العبد مالًا بعد موت سيده وقبل الإعتاق:

فإن كان العبد يخرج من الثلث، فإن جميع الكسب له؛ لأن العبد قد استحق العتق بموت سيده، وإنما تأخر إعتاقه بتفريط الوصى أو الوارث.

وإن لم يخرج من الثلث ولم تجز الورثة، كان للعبد من الكسب بقدر ما عتق منه. فإن عتق منه ثلثه، كان له ثلث كسبه، وإن عتق منه نصفه، كان له نصف كسبه، وباقى كسبه للورثة؛ لأن الكسب حصل منه بعد أن دخل ما لم يستحق إعتاقه فى ملكهم.

وإن أعتق فى مرض موته عبدًا له، ومات السيد، ثم كسب العبد مالًا بعد موت سيده وعلى السيد دين يحيط بتركته، فإن العبد لا يعتق، ويباع فى الدين، والكسب للورثة ولا يقضى الدين من الكسب.

وقال أبو سعيد الإصطخرى: يقضى الدين من الكسب. والمنصوص هو الأول.

وإن لم يكن على الميت دين، فإن جميع الكسب للعبد إن كان يخرج من الثلث.

وإن كان لا يخرج من الثلث، فله من الكسب بقدر ما عتق منه، وللورثة بقدر ما رق منه، ولا تزداد التركة هاهنا بالكسب؛ لأنه حدث فى ملكهم. ولا دور فى شىء من هذه المسائل.

وإن أعتق عبدًا فى مرض موته فاكتسب العبد مالًا بعد العتق وقبل موت سيده:

فإن خرج العبد من الثلث، كان جميع الكسب للعبد.

وإن لم يخرج من الثلث، دخله الدور؛ لأن الكسب يتقسط على ما فيه من الحرية والرق، فما قابل ما فيه من الحرية، كان للعبد بغير وصية. وما قابل ما فيه من الرق، فهو للسيد فتزداد تركته بذلك. فإذا ازدادت التركة، ازداد العتق، وإذا ازداد العتق، ازداد استحقاق العبد من الكسب فدارت المسألة.

فإن كانت قيمة العبد مائة وكسبه مائة ولا مال للسيد غير ذلك، فحسابه أن تقول: يعتق من العبد شىء، وله من كسبه شىء من غير وصية فيبقى فى يد الورثة مائتان إلا شيئين تعدل مثلى ما عتق منه - وهو شيئان - فإذا جبرت المائتين بالشيئين الناقصين وزدتهما على الشيئين المعادلين، صار مع الورثة مائتان يعدلان أربعة أشياء، فإذا قسمت المائتين على أربعة أشياء، أصاب كل شىء خمسون، فيعلم أن الشىء المطلوب خمسون - وهو نصف العبد - فيعتق منه نصفه ويتبعه شىء - وهو نصف كسبه - فيبقى مع الورثة من العبد شىء - وهو خمسون - ومن كسبه شىء - وهو خمسون - فذلك مائة وهو مثلا ما عتق منه.

وإنما قلت: يتبعه شىء؛ لأن الكسب مثل قيمته، ولو كسب مثلى قيمته، لقلت: يتبعه شيئان، وإن كسبثلاثة أمثال قيمته، لقلت: يتبعه ثلاثة أشياء. وإن كسب مثل نصف قيمته، لقلت: يتبعه من كسبه نصف شىء.

وإن ترك السيد مائة، وكسب العبد مائة، وقيمة العبد مائة، فحسابه أن نقول: يعتق من العبد شىء، وله من كسبه شىء بغير وصية، فيبقى فى يد الورثة ثلاثمائة إلا شيئين تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت الثلاثمائة أربعة أشياء، الشىء خمسة وسبعون - وهو ثلاثة أرباع العبد - فيعتق ذلك منه، وله من كسبه مثل ذلك، فيبقى فى يد الورثة المائة التى تركها مورثهم، ومن العبد ما قيمته خمسة وعشرون ومن

كسبه خمسة وعشرون، فذلك مائة وخمسون، وهو مثلا ما عتق من العبد.

وإن كسب العبد مائة، وقيمته مائة، وعلى السيد دين مائة دينار ولا مال له غير ذلك - فحسابه أن نقول:

يعتق من العبد شىء، وله من كسبه شىء بغير وصية، فبقى فى يد الورثة مائتان إلا شيئين، يخرج من ذلك للدين، يبقى مائة إلا شيئين تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت المائة أربعة أشياء، الشىء خمسة وعشرون، فيعتق قدر ذلك من العبد - وهو ربعه - وله ربع كسبه، فبقى فى يد الورثة خمسون، وهو مثلا ما عتق من العبد.

ولو استقرض السيد فى حياته المائة التى كسبها العبد وأتلفها، ومات، ولا مال له غير العبد، قيل للعبد: إن أبرأت مما تستحقه من الكسب، عتق ثلثك ورق ثلثاك، وإن طالبت بما تستحقه من الكسب، فحسابه أن يقال:

يعتق من العبد شىء وله من كسبه شىء بغير وصية دين على السيد، فبقى فى يد الورثة مائة إلا شيئين تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت المائة أربعة أشياء، الشىء ربع العبد، فيعتق ربعه - وقيمته خمسة وعشرون - ويرق ثلاثة أرباعه - وقيمته خمسة وسبعون - ويقال للورثة: إن اخترتم أن تعطوا العبد من خاص أموالكم خمسة وعشرين - وهو ما يستحقه من كسبه - ملكتم ثلاثة أرباعه. وإن اخترتم بيعه، بعتم ربعه بدينه، وملكتم بالإرث نصفه، وهو مثلا ما عتق منه.

فإن اختار العبد أن يأخذ ربع رقبته بدينه، قال ابن اللبان: كان أحق به من الأجنبى. فإذا أخذه، عتق نصفه.

وإن كان بدل الكسب فى هذه المسائل مالًا وهب للعبد، أو أرش جناية عليه، أو كانت جارية فوطئها رجل بشبهة، أو حبلت بعد أن أعتقت وولدت، أو دارًا فاستغلت - فحكمه حكم الكسب على ما ذكرناه.

فرع: وإن أعتق فى مرض موته عبدًا قيمته مائة، أو وهبه لغيره وأقبضه، فزادت قيمة العبد قبل موت سيده، فبلغت ستمائة، ومات السيد ولا مال له غير العبد - فهو كالكسب، وحسابه أن نقول: يعتق منه شىء ويتبعه بالزيادة خمسة أشياء بغير وصية، فيبقى فى يد الورثة ستمائة إلا ستة أشياء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت الستمائة ثمانية أشياء، فإذا قسمت الستمائة على ثمانية أشياء، خص كل شىء خمسة وسبعون درهمًا، وهو قيمة ثلاثة أرباعه يوم عتق، فيعتق ثلاثة أرباعه، ولا يحتسب على العبد

بزيادة قيمة ثلاثة أرباعه، ويبقى للورثة ربعه، وقيمته يوم مات سيده مائة وخمسون، وهو مثلًا قيمة ما عتق من العبد يوم العتق.

ولو لم تزد قيمة العبد ولكن نقصت قيمته بعد ما أعتق وقبل أن يقبضه الورثة، فبلغت قيمته خمسين - فحسابه أن نقول: يعتق منه شىء ويبقى مائة إلا شيئًا حصل ذلك فى يد الورثة، وهو خمسون إلا نصف شىء يعدل شيئين، فإذا جبرت عدلت الخمسون شيئين ونصف شىء، فإذا قسمتها، كان الشىء عشرين، فيعتق ذلك منه - وذلك خمس العبد يوم أعتق - ويبقى للورثة أربعة أخماسه وقيمته يوم قبضه الورثة أربعون، وذلك مثلًا ما عتق من العبد، وهكذا الحكم فى الهبة.

وفيه وجه آخر: أنه لا يحتسب على العبد ولا على الموهوب بما نقص من القيمة فى يده، فيصح العتق والهبة فى ثلثه ويرق ثلثاه؛ لأن المعتق والموهوب له لم يستقر ملكهم على ما قبضوا من وصاياهم؛ ألا ترى أنهم ممنوعون من التصرف فيه حتى تقسم التركة؟ فكانت أيديهم كيد المودع الحافظ على الميت تركته حتى تقسم التركة فلم يضمنوا؛ ألا ترى أن التركة لو كانت فى يد الورثة وهم ممنوعون من التصرف فيها لحق الغرماء وأهل الوصايا فنقصت فى أيديهم؛ لما احتسب عليهم بما نقص فى أيديهم من حقوقهم؟ فكذلك المعتق والموهوب.

قال ابن اللبان: وظاهر كلام الشافعى بخلاف هذا.

فرع: فإن وهب فى مرض موته لغيره عبدًا قيمته مائة وأقبضه الموهوب له، فمات العبد فى يد الموهوب له، ثم مات الواهب ولا مال له غير العبد - ففيه وجهان:

أحدهما: أن الهبة صحيحة؛ لأن العبد لم يبق، فتقع فيه المواريث ولا تركة هناك فيدخل العبد فى التركة ليجرى فيها ما توجبه الوصية.

والثانى: أن الهبة باطلة؛ لأن هبته فى مرض موته وصية، ولا تصح حتى يبقى للورثة مثلاه.

فعلى هذا: لا يلزم الموهوب له ضمان العبد؛ لأن العقد الفاسد يجرى مجرى الصحيح فى الضمان.

فإن كسب العبد فى يد الموهوب له ألفًا، ثم مات العبد، ثم مات سيده، صحت الهبة فى شىء منه، وللموهوب له من كسبه عشرة أشياء، فبقى فى يد الورثة ألف إلا عشرة أشياء، تعدل شيئين، فإذا جبرت عدلت اثنى عشر شيئًا، فإذا قسمت الألف

على اثنى عشر شيئًا، أصاب الشيء ثلاثة وثمانون وثلث درهم، وذلك خمسة أسداس العبد، وهو الذى صحت فيه الهبة، فللموهوب له خمسة أسداس الألف بغير وصية، ولورثة الواهب سدس الألف وهو مثلا ما صحت فيه الهبة، ولا يحتسب ذلك على الورثة بما تلف من العبد؛ لأنه لم يحصل فى أيديهم، ولا يضمن الموهوب له حصة الورثة منه؛ لأن يده يد أمانة.

فرع: فإن أعتق فى مرض موته عبدًا قيمته مائة فمات العبد، ثم مات السيد ولا مال له، ففيه وجهان.

أحدهما: أن العبد مات رقيقًا؛ لأن عتقه فى مرض الموت وصية، ولم يبق للورثة مثلا قيمته.

والثانى: أنه مات حرًا؛ لأن عتق المريض لم يمنع ورثته من إرثه، فصار كأنه لم يتلف عليهم شيئًا؛ فصار كعتق الصحيح.

فإن كسب العبد مالًا بعد عتقه وقبل موت سيده، ومات العبد وخلفه، ثم مات سيده، قال ابن اللبان: تغير هذا المعنى؛ لأن السيد ليس له أن يدخل على ورثته ما يمنعهم مما يلحق بحكم هذا العبد من كسبه، ولا يتهيأ لهم أن يأخذوا مال حر إلا من جهة الميراث.

فإن ترك العبد مائتى درهم فما زاد ولا وارث له إلا مولاه، مات العبد حرًا، وورثه السيد بالولاء، وحصل لورثة السيد.

وإن ترك العبد مائة درهم، مات العبد ونصفه حر ونصفه رقيق، وورث السيد نصف المائة، ونصفها فى حق الملك فى أحد الوجهين. وفى الثانى: مات حرًا كله، نصفه بالوصية؛ لأن مع ورثة السيد مثليه، ونصفه بغير وصية؛ لأنه لم يبق حتى يجرى فيه الميراث.

وإن ترك العبد مائتى درهم وبنتًا وارثة ومولاه، فإن قلنا بالقول الجديد، وأن من مات وبعضه حر وبعضه مملوك ورث عنه ورثته ما ملكه ببعضه الحر، دخلها الدور، فنقول: عتق منه شيء وله من كسبه شيئان، ترث البنت شيئًا، ويرث المولى شيئًا بحق الولاء، وباقى كسبه للمولى بحق الملك، فيبقى فى يد المولى مائتان إلا شيئًا، تعدل شيئين فإذا جبرت، عدلت المائتان ثلاثة أشياء، الشيء ثلثا المائة، فيعتق ثلثا العبد، فيكون له ثلثا كسبه وهو مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فترث البنت نصف

ذلك، ويرث المولى نصف ذلك بحق الولاء، ويأخذ باقى كسبه بحق الملك فيكون للمولى مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وهو مثلا ما عتق من العبد.

وإن قلنا بالقول القديم، وأن وارثه لا يرث عنه ما ملكه ببعضه الحر، وقلنا: يكون لسيده، مات العبد حرًا كله، وجميع كسبه لمولاه، ولا ترثه البنت؛ لأن فى توريثها ما ينقص تركة السيد، فلا يخرج العبد من ثلثه، فيؤدى إلى رق بعضه، وإذا رق بعضه، لم ترثه البنت، فكان توريثها يؤدى إلى ألا ترث، فمنعت الإرث.

وإن ترك العبد أربعمائة درهم فصاعدًا، مات العبد حرًّا كله فى أحد القولين، وورثت البنت مائتين والسيد مائتين.

وإن ترك العبد ابنًا ومائتى درهم، وقلنا بالقول الجديد، عتق من العبد شىء، وله من كسبه شيئان يرثهما ابنه، والباقى من الكسب للسيد، وهو مئتان إلا شيئين تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت أربعة أشياء، الشىء خمسون - وهو نصف قيمة العبد - فيعتق نصفه، فيكون له نصف كسبه، وهو مائة يرثها ابنه، ويكون لسيده نصف كسبه، وهو مائة، وذلك مثلا ما عتق من العبد.

وإن قلنا بالقديم، مات العبد حرًا كله، وكان الكسب كله للسيد، ولا يرث الابن شيئًا؛ لأن توريثه يؤدى إلى ألا يرث على ما تقدم.

فإن مات ابن العبد بعد العبد، ثم مات السيد ولا وارث للابن غير مولى أبيه، عتق جميع العبد، وورث ابنه جميع المائتين، ثم ورث السيد ابن العبد، فيحصل لورثته مثل قيمة العبد فلو لم يخلف العبد شيئًا ولكن خلف ابن العبد مائتى درهم، وترك مولى أبيه ومولى أمه، مات الأب حرًّا، وورث مولى العبد الابن، فيحصل مع ورثته مثلا قيمة العبد.

وإن ترك العبد أقل من مثلى قيمة أبيه، فإن قلنا: إن العبد مات رقيقًا، لم يرث مولى العبد من ابن العبد شيئًا.

وإن قلنا: إنه مات حرًّا، ورثه.

قال ابن اللبان: فإن لم يمت العبد ولكن مات ابنه وخلف ألف درهم، ثم مات السيد، عتق العبد، ولم يرث من ابنه شيئًا، وورثه السيد بالولاء.

فإن قيل: فهلا ورث العبد ابنه وقد تم عتقه؟

قيل: لو ورثه لما خرج من الثلث فيرق بعضه فلا يرث، فكان توريثه يؤدى إلى

قطعه فلم يرث، فكان السيد أحق بميراثه.

فإن ترك ابن العبد مائة، عتق من العبد شيء وجر من ولاء ولده بقدر ما عتق منه، فورث السيد من المائة التى تركها الابن شيئًا، فيحصل ذلك مع باقى العبد لورثة السيد، وذلك مائة تعدل شيئين، فالشيء خمسون - وهو نصف العبد - فيعتق نصف العبد فيجر إلى سيده نصف ولاء ولده، فيرث نصف المائة التى تركها الابن مع نصف العبد، وذلك مائة مثلا ما عتق من العبد.

وإن ترك ابن العبد خمسين، قلت: يعتق من العبد شيء، وورث السيد مما ترك ابن العبد نصف شيء، فبقى فى يده مائة إلا نصف شيء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت شيئين، ونصفا، الشيء خمسا المائة، فيعتق خمسا العبد وقيمته أربعون، فيرث السيد خمسى الخمسين، وهو عشرون مع مابقى من العبد - فذلك ثمانون - وهو مثلًا ما عتق من العبد.

فرع: وإن أعتق فى مرض موته جارية له قيمتها مائة فوطئهاقبل موته، ومهر مثلها خمسون، ولا مال له غيرها، ثم مات، فحسابه أن يقال:

يعتق منها شيء بوصية، ولها على سيدها نصف شيء بغير وصية، فبقى فى يده جارية قيمتها مائة إلا شيئًا ونصف شيء تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت ثلاثة أشياء، ونصفا الشيء سبعاها، فيعتق سبعا الجارية، وتستحق الجارية سبعى مهرها، وذلك قدر سبع رقبتها، فتباع بمهرها، فيبقى فى يد الورثة أربعة أسباعها، وهو مثلا ما عتق منها، فإن حبلت من هذا الوطء وولدت، ففيه وجهان:

أحدهما: تعتق من جهة أنها أم ولد لا من جهة الوصية؛ لأن الميت لا ثلث له.

والثانى: تعتق من حين أعتقها سيدها؛ لأنها لم تبق على ملك الميت فتجرى فى الميراث والوصية، فصار عتق الميت مانعًا للورثة من أن يرثوها، فيكون كعتق الصحيح، ويجب لها المهر فى ذمة السيد.

قال ابن اللبان: والأول أشبه بمذهب الشافعى.

فإن ترك السيد مائة درهم، عتق منها شيء بالوصية يوم أعتقت، ولها نصف شيء بالمهر تأخذه من المائة، ويعتق باقيها بالإحبال من رأس المال، فبقى فى يد الورثة مائة درهم إلا نصف شيء تعدل شيئين، فإذا جبرتها، عدلت شيئين ونصفًا، الشيء خمسًا المائة وهو أربعون - فيعتق منها بالوصية خمساها، ولها خمسا مهرها - وهو

عشرون من المائة - فيبقى فى يد الورثة ثمانون، وهو مثلا ما عتق منها بالوصية.

مسألة: ولو أعتق فى مرض موته عبدين، قيمة كل واحد منهما مائة، أحدهما قبل الآخر، فاكتسب كل واحد منهما مائة بعد العتق وقبل موت السيد، ومات السيد ولا مال له غير ذلك - عتق الأول بالوصية وله جميع كسبه بغير وصية، وللورثة العبد الثانى وكسبه وذلك مثلا قيمة الأول.

فإن كسب كل واحد منهما مائتين، عتق الأول وله كسبه، وعتق من الثانى تمام الثلث، فيقال: عتق منه شيء، وله من كسبه شيئان، فبقى فى يد الورثة ثلاثمائة إلا ثلاثة أشياء، تعدل مثلى قيمة الأول ومثلى ما عتق من الثانى - وهو مائتان وشيئان - فإذا جبرت الثلاثمائة بالثلاثة الأشياء الناقصة، وزدتها على الشيئين المقابلين لها، كانت الثلاثمائة تعدل مائتى درهم وخمسة أشياء، فأسقط مائتين بإزاء مائتين فتبقى مائة تعدل خمسة أشياء، الشيء خمس المائة، فيعتق خمس العبد الثانى، وقيمة ما عتق منه عشرون، فيأخذ خمس كسبه - وهو أربعون - فيبقى فى يد الورثة من قيمة الثانى ثمانون، ومن كسبه مائة وستون، فذلك مائتان وأربعون، وهو مثلا قيمة الأول ومثلا ما عتق من الثانى.

فإن كسب كل واحد منهما ثلاثمائة عتق الأول وله كسبه، وعتق من الثانى شيء وله من كسبه ثلاثة أشياء، فبقى فى يد الورثة الثانى وكسبه، وهو أربعمائة إلا أربعة أشياء تعدل مثلى قيمة الأول ومثلى ما عتق من الثانى، وذلك مائتان وشيئان.

فإذا جبرت الأربعمائة بالأربعة أشياء الناقصة وزدتها على الشيئين المقابلين، صارت أربعمائة تعدل ستة أشياء ومائتين، فأسقط مائتين بإزاء مائتين فتبقى مائتان تعدلان ستة أشياء، فالشيء الواحد سدس المائتين، وذلك قدر ثلث قيمة الثانى، فيعتق ثلث الثانى، ويتبعه ثلث كسبه - وهو مائة - فيبقى مع الورثة ثلثا رقبة الثانى وثلثا كسبه، وذلك مثلًا قيمة الأول ومثلا ما عتق من الثانى.

ولو لم يعتق أحدهما بعد الآخر ولكن أعتقهما بكلمة واحدة، أقرع بينهما، فمن خرجت عليه قرعة العتق منهما، كان كما لو بدأ بعتقه.

فرع: وإن أعتق فى مرض موته ثلاثة أعبد له، قيمة كل واحد منهم مائة، أحدهم بعد الآخر، فاكتسب الأول بعد عتقه وقبل موت سيده مائة، ومات السيد ولا مال له

غيرهم، عتق الأول وله كسبه، ورق الآخران وقيمتهما مثلا قيمة الأول.

وإن كسب كل واحد منهم مائة عتق الأول، وتبعه كسبه، وعتق من الثانى شىء وله من كسبه شىء، وبقى فى يد الورثة أربعمائة إلا شيئين تعدل مائتين وهو مثلا قيمة الأول وشيئين، فإذا جبرت، عدلت الأربعمائة مائتين وأربعة أشياء، فأسقط مائتين بإزاء مائتين، فيبقى مائتان يعدلان أربعة أشياء - الشىء خمسون - فيعتق نصف الثانى ويتبعه نصف كسبه، فيبقى مع الورثة نصف الثانى ونصف كسبه، والثالث وكسبه - وذلك ثلاثمائة - وهو مثلًا قيمة الأول ومثلًا ما عتق من الثانى.

فإن كسب كل واحد منهم ثلاثمائة، عتق الأول والثانى، ولهما كسبهما، وكان للورثة الثالث وكسبه، وذلك مثلا قيمة الأول ومثلا ما عتق من الثانى.

وإن كسب كل واحد منهم خمسمائة عتق الأول والثانى، ولهما كسبهما.

وعتق من الثالث شىء وله من كسبه خمسة أشياء، فيبقى فى يد الورثة ستمائة إلا ستة أشياء تعدل مثلِ قيمة الأول والثانى وما عتق من الثالث، وذلك أربعمائة وشيئان، فإذا جبرت، عدلت الستمائة أربعمائة وثمانية أشياء، فأسقط أربعمائة، بإزاء أربعمائة فيبقى مائتان تعدلان ثمانية أشياء، الشىء خمسة وعشرون - وهو ربع قيمة الثالث - فيعتق ربعه ويتبعه ربع كسبه، فيبقى من الثالث ومن كسبه أربعمائة وخمسون، وذلك مثلا قيمة الأول والثانى ومثلا ما عتق من الثالث.

وإن أعتقهم بكلمة واحدة وكسب أحدهم مائة لا غير، أقرع بينهم، فإن خرجت قرعة العتق على المكتسب، عتق جميعه وتبعه كسبه، ورق الآخران وقيمتهما مثلا قيمة الأول.

وإن خرجت قرعة العتق على أحد الآخرين عتق جميعه وبقى من الثلث شىء، فيقرع بين المكتسب والباقى من العبدين اللذين لم يكتسبا، فإن خرجت قرعة العتق على الذى لم يكتسب عتق ثلثه ورق ثلثاه والمكتسب وكسبه، فيبقى مع الورقة مائتان وستة وستون وثلثان، وذلك مثلا قيمة الأول وما عتق من الثانى.

وإن خرجت قرعة العتق على المكتسب، عتق منه شىء وله من كسبه شىء، فيبقى فى يد الورثة باقى رقبته وباقى كسبه وجميع العبد الآخر، وذلك ثلاثمائة إلا شيئين تعدل مثلِ قيمة الأول وما عتق من الثانى - وذلك مائتان وشيئان - فإذا جبرت الثلاثمائة بالشيئين الناقصين وزدتهما على الشيئين المقابلين لها، صارت الثلاثمائة

تعدل مائتين وأربعة أشياء، فأسقط مائتين بإزاء مائتين، فيبقى مائة تعدل أربعة أشياء، الشىء ربعها فيعتق ربع العبد ويتبعه ربع كسبه، فيبقى مع الورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كسبه والعبد الآخر، ومبلغ ذلك مائتان وخمسون، وذلك مثلًا قيمة الأول وما عتق من الثانى.

وإن أعتق الثلاثة بكلمة واحدة، وكسب كل واحد منهم مائة، أقرع بينهم، فمن خرج له سهم العتق، عتق جميعه وتبعه كسبه، وقد بقى من الثلث شىء فيقرع بين الآخرين، فمن خرج له سهم العتق، عتق منه شىء وتبعه من كسبه شىء، فيبقى فى يد الورثة أربعمائة إلا شيئين تعدل مائتين وشيئين، فإذا جبرت، عدلت مائتين وأربعة أشياء، فأسقط مائتين بإزاء مائتين، فيبقى مائتان تعدل أربعة أشياء - الشىء خمسون - فيعتق نصف الثانى ويتبعه نصف كسبه، ويبقى مع الورثة نصفه ونصف كسبه وجميع الثالث وكسبه، وذلك ثلاثمائة، وهو مثلًا قيمة الأول وما عتق من الثانى.

وإن كانت قيمة أحدهم ثلاثمائة وكسبه ثلاثمائة، وقيمة آخر مائتين وكسبه مائتين، وقيمة الثالث مائة وكسبه مائة، وأعتقهم بكلمة واحدة ومات، ولا مال للسيد غير ذلك - أقرع بينهم:

فإن خرج سهم العتق على من قيمته ثلاثمائة عتق جميعه وله كسبه، وكان للورثة الآخران وكسبهما، ومبلغ ذلك ستمائة، وهو مثلًا قيمة المعتق.

وإن خرج سهم العتق على من قيمته مائتان، عتق جميعه وتبعه كسبه وبقى من الثلث بعضه، فتعاد القرعة بين الآخرين، فإن خرج سهم العتق على من قيمته مائة عتق جميعه وتبعه كسبه، وبقى للورثة الذى قيمته ثلاثمائة وكسبه، وذلك مثلًا قيمة العبدين المعتقين.

وإن خرج سهم العتق على من قيمته ثلاثمائة، وعتق منه شىء وتبعه من كسبه شىء، فيبقى فى يد الورثة ثمانمائة إلا شيئين تعدل أربعمائة وشيئين، فاجبر الثمانمائة بالشيئين الناقصين وزدهما على الشيئين المقابلين لهما مع أربعمائة، فتكون ثمانمائة تعدل أربعمائة وأربعة أشياء، فتسقط أربعمائة بإزاء أربعمائة فيبقى أربعمائة تعدل أربعة أشياء، فالشىء مائة، وهو ثلث العبد المقوم بثلاثمائة، فيعتق ثلثه ويتبعه ثلث كسبه، ويبقى مع الورثة ثلثاه وثلثا كسبه والمقوم بمائة وكسبه، وذلك ستمائة، وهو مثلًا قيمة الأول وما عتق من الثانى.

وإن خرج سهم العتق أولًا على المقوم بمائة، عتق كله وتبعه كسبه، وبقى بعض الثلث، فتعاد القرعة بين الآخرين:

فإن خرج سهم العتق على المقوم بمائتين، عتق جميعه وتبعه كسبه، ورق الثالث وقيمته ثلاثمائة وكسبه ثلاثمائة، وذلك مثلا قيمة العبدين المعتقين.

وإن خرج سهم العتق على المقوم بثلاثمائة، عتق منه شيء وتبعه من كسبه شيء، فيبقى فى يد الورثة ألف إلا شيئين تعدل مائتين وشيئين، فإذا جبرت، عدلت مائتين وأربعة أشياء، فأسقط مائتين بإزاء مائتين، فيبقى ثمانمائة تعدل أربعة أشياء - الشيء مائتان - وذلك ثلثا العبد المقوم بثلاثمائة، فيعتق ثلثاه ويتبعه ثلثا كسبه، فيبقى مع الورثة ثلثه وثلث كسبه وجميع العبد المقوم بمائتين وجميع كسبه، وذلك كله ستمائة وهو مثلًا قيمة الأول وما عتق من الثانى.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب القرعة

والقرعة أن تقطع رقاع متساوية ويكتب فى كل رقعة ما يراد إخراجه وتجعل فى بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف وتغطى بشيء، ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندقة: أخرج بندقة ويعمل بما فيها، فإن كان القصد عتق الثلث جزئوا ثلاثة أجزاء؛ وإن كان القصد عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء، وإن كان القصد عتق النصف جزئوا جزأين وتعدل السهام.

فإن كان القصد - عتق الثلث، فإن كان عددهم وقيمتهم متساوية، فإن كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة - جعل كل اثنين جزءًا، ثم الحاكم بالخيار بين أن يكتب فى الرقاع الأسماء ويخرج الأسماء على الحرية والرق، وبين أن يكتب الرق والحرية ويخرج على الأسماء. فإن اختار كتب الأسماء كتب كل اسمين فى رقعة، فإن شاء أخرج القرعة على الحرية، فإذا خرجت القرعة باسم اثنين - عتقًا، ورق الباقون.

وإن شاء أخرج على الرق، فإذا خرجت رق من فيها ثم يخرج قرعة أخرى على الرق، فإذا خرجت - رق من فيها ويعتق الباقيان.

والإخراج على الحرية أولى؛ لأنه أقرب إلى فصل الحكم. فإن اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة قيمة اثنين أربعمائة وقيمة

اثنين ستمائة وقيمة اثنين مائتان جعل اللذان قيمتهما أربعمائة جزءًا وضم أحد العبدين المقومين بستمائة إلى أحد العبدين المقومين بمائتان ويجعل العبدان الآخران جزءًا ويخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين.

وإن اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة وقيمة ثلاثة مائة وقيمة أربعة مائة عدلوا بالقيمة فيجعل العبد جزءًا والثلاثة جزءًا والأربعة جزءًا.

فإن خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة، وإن خرجت على الثلاثة - عتقوا ورق الخمسة، وإن خرجت على الأربعة - عتقوا ورق الأربعة؛ لأنه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة.

وعلى هذا لو كانوا اثنين؛ قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان؛ جعلا جزأين وأقرع بينهما، فإن خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة؛ عتق جميعه ورق الآخر، وإن خرجت على المقوم بمائتين؛ عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر. فإن اتفق العدد واختلفت القيم، فإن عدل بالعدد اختلفت القيم، وإن عدل بالقيمة اختلف العدد؛ بأن كانوا ستة قيمة واحدة مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فالمنصوص أنهم يعدلون بالقيمة فيجعل العبد جزءًا والعبدان جزءًا والثلاثة جزءًا وتخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين. ومن أصحابنا من قال: يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءًا ويضم أحد الثلاثة إلى المقوم بمائة فيجعلان جزءًا وقيمتهما مائة وثلث ويجعل الآخران جزءًا وقيمتهما ثلثا مائة وأقرع بينهم فإن خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد استكملا الثلث ورق الباقون، وإن خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة عتقا ورق الأربعة الباقون، ويقرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما؛ لأنهما أكثر من الثلث؛ فلم ينفذ العتق فيهما.

فإن أقرع فخرجت القرعة على المقوم بمائة - عتق ورق الآخر، وإن خرجت على المقوم بثلث المائة - عتق وعتق من الآخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقى.

والصحيح هو المنصوص عليه؛ لأن فيما قال هذا القائل يحتاج إلى إعادة القرعة وتبعيض الرق والحرية فى شخص واحد. فإن اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة بأن كانوا خمسة وقيمة أحدهم مائة وقيمة الثانى مائتان وقيمة الثالث ثلثمائة وقيمة الرابع أربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان:

أحدهما: أنه تكتب أسماؤهم فى رقاع بعددهم ثم يخرج على العتق، فإن خرج

المقوم بخمسمائة وهو الثلث - عتق ورق الأربعة، وإن خرج المقوم بأربعمائة - عتق وقد بقى من الثلث مائة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلثمائة - عتق منه ثلثه ورق باقيه والثلاثة الباقون.

وعلى هذا القياس يعمل فى كل ما يخرج.

والقول الثانى: أنهم يجزءون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد، فيجعل المقوم بخمسمائة جزءًا، ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءًا، ويجعل المقوم بأربعمائة والمقوم بمائة جزءًا، ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها وهو الثلث ويرق الباقون؛ لأن النبى ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء.

(الشرح) قوله: «لأن النبى ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء» تقدم تخريجه.

الأحكام: هذا الباب يشتمل على بيان استعمال القرعة، ويتضمن ثلاثة أمور:

أحدها: فى التجزئة.

والثانى: فى التعديل.

والثالث: فى الإخراج.

فأما التجزئة: فهو أن يجزءوا ثلاثة أجزاء إذا كان المقصود عتق الثلث؛ لأن مخرجه من ثلاثة، ولو كان المقصود عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء؛ لأن مخرجه من أربعة.

ولو كان المقصود عتق النصف جزئوا جزأين؛ لأن مخرجه من اثنين، ثم على هذا.

وأما التعديل: فمعتبر بأعداد العبيد وقيمهم، وهم فى العدد والقيمة على ستة أقسام:

أحدها: أن يوافق عددهم مخرج الثلث، وتتساوى قيمهم، فيكونوا فى موافقة العدد ثلاثة، أو ستة، أو تسعة، وتكون قيمة كل واحد منهم مائة درهم، فإن كانوا ستة جعل كل اثنين جزءًا، وكان الجمع بين كل اثنين معتبرًا برأى الحاكم، فإن كان فيهم متناسبان: أخوان، أو أب وابن، كان الجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم أمتان، فالجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم زوجان فالجمع بينهما أولى من التفرقة.

فإن فرق بين المتناسبين جاز، إلا أن تكون أمة معها ولد صغير، فلا يجوز أن

يفرق بينهما فى التجزئة؛ لئلا تختلف أحكامهما، فيفرق بينها وبين ولدها، فتوله عليه، وقد ورد النهى عنه.

وإن فرق بين الزوجين، ففى جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز كجواز التفرقة بين الأخوين والأمتين.

والوجه الثانى: لا يجوز أن يفرق فى التجزئة بين الزوجين، وإن جاز أن يفرق فيها بين الأخوين؛ ليجتمعا على الحرية والرق، ولا يختلفان فيها، فيفضى إلى فسخ النكاح.

فإذا جزئوا أثلاثًا، وجمع بين كل جزأين اثنين كان الحاكم فى الإخراج بين خيارين:

أحدهما: أن يكتب فى الرقاع الأسماء، ويخرج على الحرية والرق، فيكتب سالمًا وغانمًا فى رقعة، ونافعًا وبلالًا فى أخرى، ونجاحًا وإقبالًا فى الثالثة.

وهو فيما يقوله عند الإخراج من الحرية والرق بين أمرين:

أولاهما وأعجلهما إلى فصل الحكم: أن يقول: اخرج على الحرية، فإذا خرج أحد الأجزاء أعتق من فيها، ورق من فى الجزأين الآخرين؛ لأنه لم يبق للعتق ما يخرج لأجله.

والثانى: أن يقول: اخرج على الرق، فإذا خرج أحد الأجزاء رق من فيه، وبقى جزءان أحدهما رقيق، والآخر حر وهو بين أمرين: إما أن يقول: اخرج على الرق، فيرق من فيه، ويعتق من فى الجزء الباقى، وإما أن يقول: اخرج على الحرية، فيعتق من فيه، ويرق من الجزء الباقى.

والخيار الثانى: أن يكتب فى الرقاع الحرية والرق، ويخرج على الأسماء، فيكتب فى رقعة عتقًا، وفى رقعتين رقًا.

ويقول: اخرج لسالم وغانم، فإن خرج لهما سهم الحرية عتقا، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وقال: اخرج لنافع وبلال: فإن خرج لهما سهم العتق عتقا، ورق الآخران، وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وعتق الآخران. فهذا حكم القسم الأول فى تجزئته وإخراجه.

القسم الثانى: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ويمكن التعديل.

مثاله: أن يكونوا ستة، قيمة اثنين منهم مائتان، وقيمة اثنين منهم ثلاثمائة، وقيمة

اثنين منهم أربعمائة. فإذا جمعت قيمهم كانت تسعمائة ثلثها ثلاثمائة، فيجعل العبدان اللذان قيمتهما ثلاثمائة سهمًا، وتضم واحدًا من العبدين اللذين قيمتهما مائتان إلى أحد العبدين اللذين قيمتهما أربعمائة، ويجعل كل اثنين منهما سهمًا قيمته ثلاثمائة؛ فتتعدل السهام الثلاثة فى العدد والقيمة، ثم الحاكم فى الإخراج بين خيارين على ما قدمناه من كتب الأسماء والإخراج على الحرية والرق، وبين كتب الحرية والرق والإخراج على الأسماء.

القسم الثالث: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ولا يمكن التعديل.

مثاله: أن يكونوا ستة: قيمة واحد منهم مائة، وقيمة اثنين منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، فمجموع قيمهم ثلاثمائة، فمذهب الشافعى المنصوص عليه أنه يجزأ سهامهم على القيمة دون العدد، فنجعل العبد الذى قيمته مائة سهمًا، ونجعل العبدين اللذين قيمتهما مائة سهمًا، ونجعل الثلاثة الذين قيمتهم مائة سهمًا، وكان الإخراج على ما مضى من الخيارين، فإن خرج سهم العتق على الواحد الذى قيمته مائة عتق، ورق الخمسة، وإن خرج على العبدين اللذين قيمتهما مائة عتقا، ورق الأربعة، وإن خرج على الثلاثة الذين قيمتهم مائة عتقوا، ورق الثلاثة.

وذهب بعض أصحابه إلى خلاف قوله فجزأهم على العدد دون القيمة؛ لأن النبى ﷺ أقرع على العدد دون القيمة، فكان العدد أولى أن يكون معتبرًا من القيمة، فنجعل العبدين اللذين قيمتهما مائة سهمًا، ويضم أحد العبيد الثلاثة الذين قيمتهم مائة إلى العبد الذى قيمته مائة، فيصير سهمه أكثر من مائة، وسهم الباقين أقل من مائة، ثم يقرع بينهم:

فإن خرج سهم العتق على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الأربعة الباقون، فصار سهم العتق خارجًا على أكثر من الثلث، فلم ينفذ العتق فى جميعهما؛ لزيادتهما على الثلث، وأقرع بينهما قرعة ثانية:

فإن خرج سهم العتق على المقوم بمائة عتق، ورق الآخر.

وإن خرج على المقوم بثلث المائة عتق جميعه، وثلثا الآخر؛ لاستكمال الثلث، ورق ثلثه الزائد على الثلث.

وهذه طريقة غير مرضية؛ لما تفضى إليه من إعادة القرعة مرارًا أو تبعيض الحرية والرق فى شخص واحد.

والقسم الرابع: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، ويمكن التعديل بينهم.

مثاله: أن يكونوا ثمانية: قيمة واحد منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، وقيمة أربعة مائة، فمجموع قيمهم ثلاثمائة، فيجزءون على القيم دون العدد وجهًا واحدًا، وافق عليه من خالف فيما تقدم؛ لأن العدد لما لم يوافق سقط اعتباره؛ فوجب أن يعتبر ما يعدل من القيمة، فنجعل العبد المقوم بمائة سهمًا، والثلاثة المقومين بمائة سهمًا، والأربعة المقومين بمائة سهمًا، فإن خرج سهم العتق على الواحد المقوم بمائة عتق ورق السبعة، وإن خرج على الثلاثة المقومين بمائة عتقوا، ورق الخمسة، وإن خرج على الأربعة المقومين بمائة عتقوا، ورق الأربعة.

وعلى هذا لو كانا عبدين قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتين - جعلا سهمين، وأقرع بينهما: فإن خرج سهم العتق على المقوم بمائة عتق جميعه، ورق جميع الآخر، وإن خرج على المقوم بمائتين عتق نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر.

والقسم الخامس: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، فلا يمكن التعديل فى القيمة ولا فى العدد.

مثاله: أن يكونوا خمسة قيمة أحدهم مائة، وقيمة الثانى مائتان، وقيمة الثالث ثلاثمائة وقيمة الرابع أربعمائة، وقيمة الخامس خمسمائة، فمجموع قيمهم ألف وخمسمائة ثلثها خمسمائة، ففى الإقراع بينهم قولان:

أحدهما: أنه لا يعتبر فيهم التعديل؛ لتعذره فى القيمة والعدد، وتكتب أسماؤهم فى رقاع بعددهم، وتخرج على العتق: فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج اسم المقوم بأربعمائة عتق، وبقى بعده من الثلث مائة، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلاثمائة عتق منه ثلثه، ورق ثلثاه، والثلاثة الباقون.

وإن خرج فى الابتداء اسم المقوم بثلاثمائة عتق، وبقى بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائتين عتق جميعه، ورق الثلاثة الباقون.

ولو خرج فى الابتداء سهم المقوم بمائتين عتق، وبقى بعده من الثلث ثلاثمائة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائة عتق، وبقى بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق منه خمساه، ورق ثلاثة أخماسه والاثنان الباقيان، ثم على هذا القياس.

والقول الثانى: يجزءون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة سهمًا، ويجمع بين المقوم بأربعمائة، والمقوم بمائة، فيجعلان سهمًا ثانيًا ويجمع بين المقوم بثلاثمائة والمقوم بمائتين فيجعلان سهمًا ثالثًا، ثم يخرج على العتق، فأى السهام خرج عتق من فيه، وقد استكمل به الثلث، ورق الباقون.

القسم السادس: أن تتساوى قيمهم، ولا يوافق عددهم.

مثاله: أن يكونوا أربعة قيمة كل واحد منهم مائة، فمجموع قيمهم أربعمائة، ثلثها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فتكتب أسماؤهم فى الرقاع بعددهم قولًا واحدًا، فإذا خرج اسم أحدهم عتق، وأخرج اسم ثان فأعتق ثلثه، ورق ثلثاه، وجميع الآخرين، ثم على هذا القياس. والله أعلم(١).

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) قال الشافعى: وإن أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فمات واحد ثم مات السيد - أقرع بين الحيين والميت، فإن خرج سهم الحرية على الميت - رق الاثنان، وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الأحرار منذ خوطب بالعتق إلى أن مات، وكان له ما اكتسب واستفاد بأرث وغيره، وإن خرج سهم الحرية على أحد الحيين - لم يعتق منه إلا ثلثاه؛ لأن الميت قبل موت سيده مات عبدًا فلم يكن له حكم ما خلف السيد، وإن مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين الحى والميتين، فإن خرج بينهم العتق على الحى - عتق كله وأعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان.

(فصل) إذا أعتق فى مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم فأعتق اثنان بالقرعة ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران - جعل الأربعة جزأين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان.

(فصل) وإن أعتق فى مرضه أعبدًا له ومات وعليه دين يستغرق التركة - لم ينفذ العتق؛ لأن العتق فى المرض وصية فلا ينفذ إلا فى ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين، وإن استغرق نصفها جعل التركة جزأين ويكتب فى رقعة دين وفى رقعة تركة، وإن استغرق الثلث جعلوا ثلاثة أجزاء فى رقعة دين وفى رقعتين تركة ويقرع بينهم، فمن خرجت عليه قرعة - الدين بيع فى الدين، وما سواه يجعل ثلاثة أجزاء ويعتق منه

---

(١) ينظر: الحاوى ١٨/ ٨٨ .

الثلث؛ لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق، وليس بعضها بالبيع والإرث والعتق بأولى من البعض، وللقرعة مدخل فى تمييز العتق من غيره فأقرع بينهم.

(فصل) وإن أعتقهم ومات - أقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق - لم ينفذ العتق؛ لما ذكرناه فإن قال الورثة: نحن نقضى الدين وننفذ العتق؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أن لهم ذلك؛ لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين، فإذا قضى الدين - زال المنع.

والثانى: أنه ليس لهم ذلك لأنهم تقاسموا العبيد بالقرعة وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح، كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شريك ثالث، فعلى هذا يقضى الدين ثم يستأنف العتق.

وإن كان الدين يستغرق نصف التركة؛ فهل يبطل العتق بالجميع؟ فيه وجهان:

أحدهما: يبطل كما قلنا فى قسمة الشريكين.

والثانى: يبطل بقدر الدين؛ لأن بطلانه بسببه فيقدر بقدره.

فإن كان الذى أعتق عبدين - عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحرية. فإن خرجت القرعة لأحدهما وكانت قيمتهما سواء؛ عتق وبيع الآخر فى الدين.

وإن كانت قيمة أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرهما قيمة؛ عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقيه والعبد الآخر.

وإن خرجت على أقلهما قيمة؛ عتق وعتق من الثانى تمام النصف وبيع الباقى فى الدين.

(الشرح) الأحكام: وإن أعتق ثلاثة أعبد له قيمتهم سواء، فى مرض موته بكلمة واحدة، ولا مال له غيرهم، فمات واحد منهم قبل القرعة، أقرع بين الميت والحيين:

فإن خرج سهم العتق على الميت، عتق جميعه ورق الآخران، سواء مات السيد أولًا أو العبد.

وإن خرج سهم العتق على أحد الحيين، نظرت: فإن مات العبد قبل سيده، لم يعتق ممن خرجت عليه القرعة إلا ثلثاه؛ لأن الميت قبل سيده غير داخل فى التركة.

وإن مات السيد قبل العبد، نظرت: فإن مات العبد قبل أن يقبضه الورثة، كان كما لو مات قبل سيده؛ لأنه لا يجوز أن يحتسب على الورثة بما لم يحصل فى أيديهم من التركة.

وإن مات بعد أن قبضه الورثة، عتق جميع العبد الذى خرجت عليه القرعة؛ لأن العبد الذى مات قد كان فى أيديهم، فاحتسب به عليهم من التركة.

فرع: وإن أعتق ثلاث إماء فى مرض موته بكلمة واحدة، ولا مال له غيرهن، أقرع بينهن:

فإن خرجت القرعة بالعتق لإحداهن فولدت، كان الولد حرًا؛ لأنه ولد حرة.

فإن كان حادثًا بعد العتق، فلا ولاء عليه.

وإن كان موجودًا قبل العتق، كان عليه الولاء.

قال ابن الصباغ: وينبغى أن يعتبر فى ثبوت الولاء عليه أن تلده لدون أقل مدة الحمل من حين العتق.

فرع: وإن أعتق ستة أعبد له فى مرض موته بكلمة واحدة، ولا مال له فى الظاهر غيرهم، فأقرع بينهم وحكم بعتق اثنين منهم ورق أربعة، ثم ظهر له مال، نظرت:

فإن كان مثلى قيمتهم، حكم بعتق جميعهم.

وإن كان مثل قيمتهم، تبينا أن العتق قد كان لازمًا فى ثلثهم، وقد خرجت القرعة بعتق ثلثيهم، فيجب أن تعاد القرعة بين الأربعة ويعتق منهم نصفهم، ومن خرجت عليه قرعة العتق، كان له جميع ما اكتسبه من حين العتق؛ لأن الحرية حصلت له بذلك.

مسألة: وإن أعتق عبيدًا له فى مرض موته لا مال له غيرهم، ثم ظهر عليه دين يستغرق جميع ماله - لم يصح العتق فى شىء من العبيد؛ لأن عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية، فيباع العبيد ويقضى الدين بثمنهم.

فإن قال الورثة: نحن نقضى الدين من أموالنا ليصح العتق، فقضوه، ففيه وجهان:

أحدهما: لا ينفذ العتق فى شىء من العبيد إلا بإعتاق الوارث؛ لأنا حكمنا ببطلان عتق الميت لأجل الدين، فلم يحكم بصحته بقضاء الدين، كما لو أعتق الراهن العبد

المرهون، وقلنا: لا يصح، فقضى الراهن الدين له.

والثانى: ينفذ العتق؛ لأن المانع هو الدين وقد قضى، فصار كأن لم يكن.

قال أصحابنا: وأصل هذين الوجهين: إذا مات وله تركة وعليه دين، فتصرف الوارث فى التركة قبل قضاء الدين، ثم قضى الدين، هل يصح تصرفه؟ على وجهين.

وإن كان الدين الذى ظهر على الميت لا يستغرق جميع قيمتهم، وإنما يستغرق نصف قيمتهم، جعل العبيد جزأين، وكتب فى رقعة دين وفى رقعة تركة، فمن خرجت عليه رقعة الدين، بيع فى الدين، ومن خرجت عليه رقعة التركة، جعلوا ثلاثة أجزاء: جزءًا للعتق، وجزأين للورثة؛ لأنه اجتمع حق أصحاب الدين وحق العبيد وحق الورثة وليس بعض العبيد - بأن يجعل للدين أو للعتق أو للورثة - بأولى من البعض فأقرع بينهم؛ لأن القرعة لها مدخل فى العتق وإن لم يكن لها مدخل فى الدين والتركة لو انفردا.

وإن استغرق الدين ثلث قيمتهم، جعلوا ثلاثة أجزاء، وكتب ثلاث رقاع: رقعة للدين، ورقعتين تركة، فمن خرجت عليه رقعة الدين، بيع فى الدين، ومن خرجت عليه رقعة التركة، جعلوا ثلاثة أجزاء وكتب ثلاث رقاع: رقعة للعتق ورقعتين تركة.

وإن استغرق الدين ربع قيمتهم، جعلوا أربعة أجز اء، وكتب أربع رقاع: رقعة للدين وثلاث رقاع تركة، فمن خرجت عليه رقعة الدين، بيع فى الدين، ومن خرجت عليه رقعة التركة، جعلوا ثلاثة أجزاء، وكتب ثلاث رقاع، رقعة للعتق ورقعتين تركة.

فإن قيل: فهلا كتب فى الأربع: رقعة للدين ورقعة للعتق ورقعتان للرق؛ لأن ذلك أسهل؟

قال أصحابنا: لا يفعل ذلك لقوة الدين على الوصية فلا يشرك بينهما فى الإقراع، ولأنه ربما خرجت رقعة العتق قبل رقعة الدين، فيؤدى إلى حصول العتق قبل الدين، وذلك لا يجوز.

فرع: وإن أعتق فى مرض موته ثلاثة عبيد له، قيمة كل واحد منهم مائة بكلمة واحدة، ولا مال له غيرهم، فاكتسب أحدهم بعد العتق وقبل موت السيد مائة، ثم مات السيد وعليه مائة دينًا، كتب ثلاث رقاع: رقعة دين ورقعتان تركة، ثم يقرع

بينهم، فإن خرجت رقعة الدين على أحد العبدين اللذين لم يكتسبا، بيع فى الدين، ثم أعيدت القرعة للعبدين المكتسب وغير المكتسب للثانى:

فإن خرجت رقعة العتق على الذى لم يكتسب، عتق جميعه، وبقى مع الورثة المكتسب وكسبه وذلك مثلًا قيمة المعتق بعد قضاء الدين.

وإن خرجت رقعة العتق على المكتسب، دخله الدور، فنقول: عتق من العبد شىء بوصية، وله من كسبه شىء بغير وصية، فبقى فى يد الورثة ثلاثمائة إلا شيئين تعدل شيئين، فإذا جبرت، عدلت أربعة أشياء - الشىء خمسة وسبعون - وذلك ثلاثة أرباع العبد، فيعتق ثلاثة أرباعه، وله ثلاثة أرباع كسبه، ويبقى للورثة ربعه وربع كسبه والعبد الآخر، وذلك مائة وخمسون، وهو مثلا ما عتق من العبد.

وإن خرجت رقعة الدين على المكتسب، قال ابن الحداد: بيع نصفه للدين لا غير؛ لأنه لا حاجة بنا إلى بيع جميعه وتفويت العتق فى جميعه؛ لأن ما رق منه يتبعه بقدره من الكسب، فيقضى الدين بنصفه ونصف كسبه، ثم يقرع بين نصفه وبين العبدين الآخرين:

فإن خرج سهم العتق على نصف المكتسب، عتق نصفه الثانى وتبعه نصف كسبه الباقى، وقدبقى بعض الثلث، فتعاد القرعة بين العبدين الآخرين، فمن خرج عليه سهم العتق منهما، عتق ثلثه، وهو تمام ثلث مائتين وخمسين بعد قضاء الدين.

وإن خرج سهم العتق على أحد العبدين اللذين لم يكتسبا، عتق جميعه وبقى للورثة العبد الآخر ونصف المكتسب ونصف كسبه، وهو مثلا قيمة المعتق بعد الدين.

فرع: وإن أعتق ستة أعبد له فى مرض موته لا مال له غيرهم، فمات ولا دين عليه فى الظاهر، فأقرع بينهم، وأعتق اثنان، ثم ظهر دين عليه يستغرق جميع قيمتهم، لم ينفذ العتق.

فإن قال الورثة: نحن نقضى الدين ليصح العتق وتمضى القرعة، فقضوا الدين، فهل يصح العتق؟ فيه وجهان، مضى ذكرهما.

وإن كان الدين يستغرق نصف قيمتهم، ففيه وجهان:

أحدهما: يبطل عتق العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما؛ لأنا تبينا أن الدين كان شريكًا للورثة والعتق، فبطل العتق، كما لو اقتسم شريكان فى المال ثم ظهر

لهما شريك ثالث.

والثانى: أن العتق لا يبطل فيهما إلا فى قدر ما يخصهما من الدين؛ لأنه يمكن إمضاء القرعة وإقرار حصة الدين من كل واحد من النصيبين؛ لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدين، فيقال للورثة: اقضوا ثلثى الدين، وهو قدر نصف قيمة العبيد الأربعة المحكوم برقهم، إما من خاص أموالكم وإلا بيع نصفهم.

ويجب رد نصف العتق فى العبدين المحكوم بعتقهما لما يخصهما من الدين، فيقرع بينهما، فإن خرجت قرعة الدين على أحدِهما وكانت قيمتهما سواء، بيع فى الدين وعتق العبد الآخر، وإن كانت قيمتهما مختلفة، فخرجت قرعة الدين على أكثرهما قيمة، بيع منه بقدر نصف قيمتهما، وعتق باقيه والعبد الآخر، وإن خرجت قرعة الدين على أقلِهما قيمة، رق وبيع فى الدين، ورق من الآخر تمام نصف قيمتهما وبيع ذلك فى الدين وعتق باقيه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

باب المدبر

التدبير قربة؛ لأنه يقصد به العتق، ويعتبر من الثلث فى الصحة والمرض؛ لما روى عن ابن عمر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: «المدبر من الثلث» ولأنه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية.

فإن دبر عبدًا وأوصى بعتق آخر وعجز الثلث عنهما أقرع بينهما.

ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر: أنه يقدم المدبر؛ لأنه يعتق بالموت والموصى بعتقه لا يعتق بالموت.

والصحيح هو الأول؛ لأن لزومهما بالموت فاستويا.

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه[1]، والدارقطنى[2]، وابن عدى فى الكامل[3]، والبيهقى[4]، والخطيب فى تاريخ بغداد[5] كلهم من طريق على بن ظبيان عن

---

(١) (٢/ ٨٤٠) كتاب: العتق، باب: المدبر، حديث (٢٥١٤).

(٢) (٤/ ١٣٨) كتاب: المكاتب، حديث (٤٩).

(٣) (٥/ ١٨٨).

(٤) (١٠/ ٣١٤) كتاب: المدبر، باب: المدبر من الثلث.

(٥) (١١/ ٤٤٤).

عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر من الثلث».

قال ابن ماجه: سمعت عثمان - يعنى ابن أبى شيبة - يقول: هذا خطأ.

وقال ابن ماجه: ليس له أصل.

وقال ابن عدى فى ترجمة على بن ظبيان: الضعف على حديثه بين.

والحديث ذكره ابن أبى حاتم فى العلل[١]، وقال: سئل أبو زرعة عن حديث رواه على بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر من الثلث»، فقال أبو زرعة: هذا حديث باطل، وامتنع من قراءته.

قلت: يروى خالد بن إلياس عن نافع عن ابن عمر قال: «المدبر من الثلث» قول ابن عمر. اهـ.

وروى الخطيب فى «تاريخه»[٢] عن على بن المدينى قال: كان على بن ظبيان حدثنا بثلاثة أحاديث مناكير كلها عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا: «المدبر من الثلث» اهـ.

والحديث ذكره الحافظ البوصيرى فى الزوائد[٣]، وقال: هذا إسناد ضعيف؛ على بن ظبيان ضعفه ابن معين، وأبو حاتم، والبخارى، والنسائى، وأبو زرعة، وابن حبان وغيرهم... قال المزى: رواه الشافعى عن ابن عمر موقوفًا. اهـ.

أما الموقوف: فأخرجه الشافعى، ومن طريقه ابن عدى فى الكامل[٤] من طريق على بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: «المدبر من الثلث».

قال الشافعى: قال لى على بن ظبيان: قد كنت أرفعه، فقال لى بعض أصحابى: لا ترفعه. وكان يحدث به مرفوعًا.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر مرفوعًا:

أخرجه الدارقطنى[٥] من طريق عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر لا يباع ولا يوهب، وهو حر من ثلث المال».

---

(١) (٢/ ٤٣٢) رقم (٢٨٠٣).
(٢) (١١/ ٤٤٤).
(٣) (٢/ ٢٨٩).
(٤) (٥/ ١٨٧).
(٥) (٤/ ١٣٨) كتاب: المكاتب، حديث (٥٠).

قال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وإنما هو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر من قوله.

قال الزيلعي في نصب الراية[١]: وقال ابن القطان في «كتابه»: عبيدة هذا قال فيه أبو حاتم: منكر الحديث، وأبو معاوية عمرو بن عبد الجبار الجزري راويه عنه: مجهول الحال، وقد رواه حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر من قوله، وهو الصحيح؛ لثقة حماد وضعف عبيدة.

الأحكام: التدبير قربة؛ لأن القصد به العتق، والعتق قربة.

واختلف أصحابنا في ابتدائه على وجهين:

أحدهما: أنه متقدم في الجاهلية، أقره الشرع في الإسلام على ما كان عليه في الجاهلية، فصار بالإقرار شرعًا.

والوجه الثاني: أنه مبتدأ في الإسلام بنص ورد فيه عمل به المسلمون فاستغنوا بالعمل عن نقل النص، فصار بالنص شرعًا، وصار العمل على النص دليلًا، فدبر المهاجرون والأنصار عبيدًا، ودبرت عائشة - رضوان الله عليها - أمة لها.

فإن كان في حياة الرسول ﷺ فهو عن أمره وإن كان بعد وفاته، فلعلمها به من جهته.

وأجمع المسلمون على جوازه، فأغنى إجماعهم عن دليل فيه.

ومدار التدبير على حديثين:

أحدهما: حديث جابر[٢].

والآخر: حديث عائشة.

فأما حديث جابر فوارد من طريقين:

أحدهما: ما رواه الشافعي عن سفيان عن عمرو بن دينار وعن أبي الزبير سمعا جابر بن عبد الله يقول: دبر رجل منا غلامًا ليس له مال غيره، فقال النبي ﷺ: «من يشتريه مني؟» فاشتراه نعيم بن النحام، فقال عمرو: سمعت جابرًا يقول: عبد قبطي مات عام أول في إمارة ابن الزبير. زاد أبو الزبير: يقال له: يعقوب.

---

(١) (٣/ ٢٨٥).

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (٢/ ١٣٤)، (٢٢٦) وسيأتي تخريجه بتوسع في المتن.

والثاني: ما رواه ابن علية.. عن أيوب عن أبي الزبير عن جابر أن رجلًا من الأنصار من بني عذرة يقال له: أبو مذكور أعتق غلامًا له عن دبر يقال له: يعقوب، لم يكن له مال غيره، فدعا به رسول الله ﷺ فقال: «من يشتريه؟» فاشتراه نعيم بن عبد الله النحام بثمانمائة درهم، ثم دفعها إليه فقال: «إذا كان أحدكم فقيرًا فليبدأ بنفسه، فإن كان فضل فعلى عياله، فإن كان فضل فعلى ذوي رحمه، فإن كان فضل فهاهنا وهاهنا»[١].

وأما حديث عائشة - رضي الله عنها - فرواه سفيان عن يحيى بن سعيد عن أبي الرجال عن أم عمرة بنت عبد الرحمن: أن مدبرة لعائشة سحرتها، فأمرت بها، فبيعت في الأعراب، وجعلت ثلثها في الرقاب[٢].

إذا ثبت هذا: فإن التدبير يعتبر من الثلث؛ لأنه تبرع منجز بالموت، وقد روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: المدبر من الثلث، فعلى هذا إن خرج المدبر من الثلث فذاك، وقد حصل عتقه بمجرد الموت، وإن لم يخرج كله من الثلث عتق منه بقدر ما خرج إن لم يجز الورثة، ويتبع ذلك من كسبه قبل الإجازة والرد بقدره، ويكون باقي الكسب للورثة؛ لأنه حصل على ملكهم.

هذا مذهبنا، وذهب ابن مسعود وسعيد بن جبير ومسروق والنخعي، وداود - إلى أن المدبر يعتبر عتقه من رأس المال.

وما ذهبنا إليه من اعتباره من الثلث هو المروي عن علي وابن عمر، وابن المسيب، والزهري، والثوري، ومالك، وأبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لما سبق أن ذكرناه عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ».

ولأنه تبرع يلزم بالموت؛ فكان من الثلث كالوصية.

فإن دبر عبدًا وأوصى بأن يعتق عنه عبد آخر بعد موته وعجز الثلث عنهما، أقرع بينهما.

ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر: أنه يقدم عتق المدبر؛ لأنه أقوى؛ لأنه

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (٢/ ١٣٢) (٢٢١) ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣١٣).

وينظر الحاوي (١٨/ ٩٢).

يتنجز بالموت.

والأول أصح؛ لأنهما يستويان في وقت اللزوم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويصح من السفيه؛ لأنه إنما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله؛ فيفتقر، وبالتدبير لا يضيع ماله؛ لأنه باقٍ على ملكه، وإن مات استغنى عن المال، وحصل له الثواب.

وهل يصح من الصبي المميز؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه يصح؛ لما ذكرناه في السفيه.

والثاني: لا يصح - وهو الصحيح - لأنه ليس من أهل العقود؛ فلم يصح تدبيره؛ كالمجنون.

(الشرح) الأحكام: يصح التدبير ممن يجوز تصرفه في المال؛ لأنه تصرف في المال، وفي الصبي والمبذر - السفيه - قولان.

ومن العراقيين من جزم في المبذر بالصحة، وعلى ذلك جرى البندنيجي، والمصنف هاهنا، وفي التنبيه؛ لأن السفيه من أهل العقود؛ ولهذا يصح طلاقه، ويصح نكاحه بإذن الولي.

قال المحاملي: والأول أشبه بكلام الشافعي - رضي الله عنه - ولذلك قاله في (البحر) بعد أن نسب ذلك إلى قول الخراسانيين.

والظاهر من القولين في الصبي - كما قاله القاضي أبو حامد - الصحة، وهو اختيار الشيخ أبي حامد؛ لأنه منع التصرف لحظه، والحظ هاهنا في جوازه؛ لأنه إن عاش لا يلزمه ذلك، وإن مات بقي له الأجر والثواب.

ولما روي: أن قومًا سألوا عمر - رضي الله عنه - عن غلام من غسان يافع لم يبلغ الحلم، وصى لبنت عمه، فأجاز وصيته[1].

فروع:

السكران لا يصح تدبيره ولا وصيته، وإن كان عاصيًا بالشرب، خرج على

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٦٢) كتاب الوصية، باب جواز وصية الصغير (٢).
ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٨٢).

الخلاف فى وقوع طلاقه.

والمرتد هل يصح منه أن يدبر؟ فيه ثلاثة أقوال منصوصة فى (المختصر)؛ ثالثها: أنه موقوف، قال فى (البحر): ومحلها إذا لم يحجر عليه الحاكم، أما إذا حجر عليه، فهو باطل قولًا واحدًا.

وحكى عن أبى إسحاق أن تصرفه بعد الحجر باطل إلا الوصية؛ فإنها تصح من المحجور عليه، والتدبير فى أحد القولين كالوصية.

والمفلس يصح تدبيره قولًا واحدًا[1].

وما ذكرناه من القولين فى الصبى إنما هما فى الصبى المميز، أما الصبى غير المميز، والمجنون: فإنه لا يصح تدبيرهما؛ لأنه لا حكم لكلامهما.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) والتدبير: هو أن يقول: إن مت فأنت حر، فإن قال: دبرتك، أو أنت مدبر، ونوى العتق - صح، وإن لم ينو؛ فالمنصوص فى المدبر: أنه يصح.

وقال فى المكاتب: إذا قال: كاتبتك على كذا وكذا - لم يصح حتى يقول: فإذا أديت، فأنت حر؛ فمن أصحابنا من نقل جوابه فى المدبر إلى المكاتب، وجوابه فى المكاتب إلى المدبر، وجعلهما على قولين:

أحدهما: أنهما صريحان؛ لأنهما موضوعان للعتق فى عرف الشرع.

والثانى: أنهما كنايتان؛ فلا يقع العتق بهما إلا بقرينةٍ أو نيةٍ؛ لأنهما يستعملان فى العتق وغيره.

ومنهم من قال «فى المدبر»: صريح، و «فى المكاتب»: كناية، ولم يذكر فرقًا يعتمد عليه.

(فصل) ويجوز مطلقًا؛ وهو أن يقول: إن مت؛ فأنت حر.

ويجوز مقيدًا؛ وهو أن يقول: إن مت من هذا المرض، أو فى هذا البلد - فأنت حر؛ لأنه عتق معلق على صفةٍ، فجاز مطلقًا ومقيدًا؛ كالعتق المعلق على دخول الدار.

ويجوز تعليقه على شرطٍ؛ بأن يقول: إن دخلت الدار؛ فأنت حر بعد موتى.

---

(١) ينظر: الكفاية خ.

كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرطٍ قبله؛ فإن وجد الشرط صار مدبرًا، وإن لم يوجد الشرط حتى مات السيد، لم يصر مدبرًا؛ لأنه علق التدبير على صفةٍ، وقد بطلت الصفة بالموت؛ فسقط ما علق عليه.

(الشرح) الأحكام: والتدبير الصحيح أن يقول: (أنت حر بعد موتى) أو (إن مت من مرضى هذا أو فى البلد فأنت حر). الأول يسمى: تدبيرًا مطلقًا، والثانى والثالث: تدبيرًا مقيدًا، حتى لو لم يمت من المرض أو فى ذلك البلد لم يعتق.

وفى (البحر): أنه قال فى (البويطى): لو قال: (أنت حر من مرضى هذا أو فى سفرى هذا) فهذه وصية، وليست بتدبير، فإن مات من مرضه أو فى سفره كان حرًّا من الثلث.

والكناية فى التدبير أن يقول: (إذا مت فأنت حر) أو (لا ملك لى عليك) وسائر كنايات العتق.

فإن قال: دبرتك، أو أنت مدبر، ففيه قولان: بالنقل والتخريج؛ لأنه فيما إذا قال: (دبرتك): أنه صريح فيه، ونص فيما إذا قال لعبده: (كاتبتك على كذا) لم يصح حتى يقول: (فإذا أديت إلى كذا فأنت حر) وينوى ذلك، فمن الأصحاب من قال: لا فصل بينهما، وجعل المسألة على قولين:

أحدهما: أن لفظى (دبرتك) و (كاتبتك) صريحان؛ لأنهما لفظان موضوعان لهذين العقدين فلا يفتقران إلى أمر آخر، كلفظ البيع فى البيع.

والثانى: يفتقران إلى النية؛ لأنه لم يكثر استعمالهما فيفتقران إلى النية، كسائر الكنايات.

والأكثرون من الأصحاب - كما قال الماوردى، ومنهم ابن أبى هريرة - أقروا النصين، وأجروهما على ظاهرهما، وفرقوا بوجهين.

أحدهما: أن (التدبير) لفظ ظاهر مشهور يعرفه عوام الناس؛ فاستغنى عن النية، والكتابة لا يعرفها إلا الخواص، فافتقرت إلى النية.

والثانى: أن التدبير لا يحتمل إلا العتق بعد الموت، والكتابة لفظ مشترك، فلا ينصرف إلى أحد معانيه إلا بنية.

والفرقان ضعيفان.

ومنهم من قال: التدبير صريح، وفى الكتابة قولان.

وحكى الماوردى وابن الصباغ أن بعض أصحابنا قال: إن كان اللافظ من فقهاء الأمة لم يفتقر إلى النية فيهما، وإن لم يكن فقيهًا احتاج إلى النية فيهما، فتحصلنا إلى أربع طرق فى المسألتين.

والصحيح الأول، والذى حكاه المراوزة، والثانى وهو تقرير النصين[(١)].

قال العمرانى: ويجوز تعليق التدبير إلى شرط فى حال الحياة، مثل أن يقول: إذا دخلت الدار، فأنت حر بعد موتى، فإن دخل الدار قبل موت سيده، صار مدبرًا؛ لأنه علق التدبير بدخول الدار، فإذا دخل الدار، صار مدبرًا.

فإن لم يدخل الدار حتى مات السيد، ثم دخلها، لم يعتق؛ لأنه علق التدبير على شرط، فإن مات السيد قبل وجود الشرط، بطل الشرط، كما لو وكل وكيلًا فى بيع سلعة، فمات الموكل قبل البيع، فإن البيع لا يصح.

ويجوز تعليق العتق على شرط بعد الموت، مثل أن يقول: إن دخلت الدار بعد موتى، فأنت حر. فإذا مات السيد، ثم دخل العبد الدار، عتق؛ لأنه صرح بذلك، فحمل عليه، كما إذا قال لوكيله: إذا مت فبع هذه السلعة، فإنه يصير وصيًا فى ذلك، وجاز بيعه بعد موته.

ويعتق العبد ههنا من الثلث بالصفة لا بالتدبير؛ لأن التدبير هو أن يعلق عتقه بموته وحده، وههنا علقه بموته ودخول الدار بعده.

فإن دخل العبد الدار فى حال حياة السيد ولم يدخلها بعد موته، لم يعتق؛ لأنه شرط الدخول بعد الموت، ولم يوجد.

قال فى (الأم): إذا قال لعبده: أنت حر بعد موتى، أو لست بحر، أو أنت مدبر، أو لست بمدبر، أو أنت حر أو لا - لم يكن ذلك شيئًا؛ لأنه لم يقطع بالعتق.

وإن قال: لعبده إذا قرأت القرآن ومت، فأنت حر: فإن قرأ جميع القرآن قبل موت السيد، عتق بموته.

وإن قرأ بعضه، لم يعتق؛ لأنه علق حريته بقراءة جميع القرآن.

وإن قال له: إذا قرأت قرآنًا ومت، فأنت حر، فقرأ بعض القرآن قبل موت السيد، عتق بموته.

---

(١) ينظر: الكفاية خ .

والفرق بينهما: أن فى الأولى عرف القرآن بالألف واللام، فاقتضى جميعه، وفى الثانية نكره، فاقتضى بعضه.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيْطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ﴾ [النحل: ٩٨] ولم يرد جميعه وإنما أراد أى شىء قرأ منه؟

قلنا: ظاهر اللفظ يقتضى جميعه، وإنما حملناه على بعضه بدليل.

فرع: إذا قال لعبده: إن شئت فأنت حر بعد موتى، أو إذا شئت فأنت حر بعد موتى، أو أنت حر إن شئت بعد موتى، أو أنت حر إن شئت متى مت، أو أنت حر إن شئت إذا مت - فلا يصير مدبرًا فى شىء من هذه المسائل حتى توجد المشيئة من العبد؛ لأنه علق التدبير على مشيئته:

فإن وجدت المشيئة من العبد على الفور بحيث تكون جوابًا لكلام سيده، صار العبد مدبرًا.

وإن أخر العبد المشيئة حتى قام من المجلس، لم يصر مدبرًا.

وإن وجدت منه المشيئة بعد أن سكت سكوتًا طويلًا أو اشتغل بأمر وقبل أن يقوم من مجلسه - فعلى وجهين، كالوجهين فيمن علق طلاق امرأته بمشيئتها.

وإن لم توجد منه المشيئة حتى مات السيد، بطل التدبير؛ لأن الصفة المطلقة تقتضى وجودها قبل موت السيد.

وإن قال: متى شئت، أو أى وقت شئت فأنت حر بعد موتى، فهذا تعليق تدبير بمشيئة العبد كالأولى، إلا أن ههنا متى وجدت المشيئة من العبد فى حياة السيد على الفور أو على التراخى فى المجلس أو بعده، صار مدبرًا؛ لأن قوله: متى، وأى وقت، يقتضى العموم.

وإن مات السيد قبل وجود المشيئة، بطلت الصفة؛ لأن الصفة المطلقة تبطل بموت السيد.

فرع: وإن قال لعبده: إذا مت، فشئت، فأنت حر، فقد علق عتقه بوجود المشيئة منه بعد موت سيده، فإن مات السيد فشاء العبد عقيب موته، عتق؛ لأن الفاء توجب الترتيب والتعقيب.

وإن لم يشأ العبد بعد الموت إلا بعد قيامه من مجلسه، لم يعتق.

وإن شاء فى مجلسه بعد موت السيد وقد اشتغل بعد الموت بسكوت طويل أو أمر غيره، فهل يعتق؟ على الوجهين فى التى قبلها.

وإن شاء العبد فى حياة السيد لا غير، لم يتعلق بهذه المشيئة عتق؛ لأن السيد شرط أن تكون المشيئة بعد موته.

وإن قال لعبده: إذا مت فمتى شئت، أو أى وقت شئت، فأنت حر، أو قال: إذا مت فأنت حر متى شئت، أو أى وقت شئت - فهى كالأولى، وأنه لا يعتق إلا إذا شاء بعد موت سيده، إلا أن فى هذه يجوز أن تتراخى المشيئة عن الموت، سواء وجدت فى المجلس أو بعده؛ لأن قوله: (متى شئت) أو (أى وقت شئت) عام فى الزمان.

فإن اكتسب العبد مالًا فى هذه المسألة بعد موت سيده وقبل وجود المشيئة منه، أو كسب مالًا بعد موت سيده فى المجلس قبل وجود المشيئة إذا علق العتق بمشيئته بعد الموت بقوله: (فشئت)، وقلنا: إن المشيئة فى المجلس هى مشيئة على الفور - فلمن يكون ذلك المال الذى اكتسبه إذا وجدت منه المشيئة؟

قال القاضى أبو الطيب: تكون نفقة العبد منه، وما بقى من نفقته فيه قولان، كما لو كسب العبد الموصى به لرجل مالًا بعد موت سيده وقبل قبول الموصى له، فإنه على قولين:

أحدهما: يكون الكسب للموصى له.

والثانى: يكون لورثة الموصى.

وقال ابن الصباغ: يكون الكسب ههنا لورثة المعتق قولًا واحدًا.

والفرق بينهما: أن العبد ههنا مملوك قبل وجود المشيئة منه، فكان كسبه للورثة، بخلاف الموصى به، فإن الموصى له إذا قبل الوصية فيه، تبينا أنه ملكه بالموت فى أحد القولين، فكذلك حكمنا له بملك الكسب فى هذا القول.

فأما إذا قال لعبده: أنت حر إذا مت إن شئت، أو إذا شئت، أو إذا مت فأنت حر إن شئت، أو إذا شئت - فقد قال البغداديون من أصحابنا: حكمها حكم ما لو قال: إذا مت فشئت فأنت حر، فإنه لا يعتق إلا بوجود المشيئة بعد موت السيد.

وقال المسعودى: يحتمل أن يكون المراد به المشيئة فى حياته، ويحتمل بعد الموت، فيرجع إليه، فإن لم يكن له نية، فلا بد من المشيئة مرة فى المجلس فى

حياة السيد ومرة بعد الموت، فإن شاء مرة واحدة، قال: فالمشهور: أنه لا يعتق.

وقيل: يحمل على المشيئة بعد الموت؛ لأنه الظاهر.

ويعتق العبد فى جميع ذلك من الثلث؛ لأنه علق عتقه على موته، وأضاف إليه المشيئة، فهو كما لو علق عتقه على الموت وحده.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويجوز تدبير المعتق بصفةٍ؛ كما يجوز أن يعلق عتقه على صفةٍ أخرى، فإن وجدت الصفة قبل الموت - عتق بالصفة، وبطل التدبير به.

وإن مات قبل وجود الصفة - عتق بالتدبير، وبطل العتق بالصفة.

ويجوز تدبير المكاتب؛ كما يجوز أن يعلق عتقه على صفةٍ، فإذا دبره صار مكاتبًا مدبرًا، ويستحق العتق بالكتابة والتدبير.

فإن أدى المال قبل الموت - عتق بالكتابة، وبطل التدبير.

وإن مات قبل الأداء؛ فإن كان يخرج من الثلث، عتق بالتدبير، وبطلت الكتابة.

وإن لم يخرج جميعه - عتق منه بقدر الثلث، ويسقط من مال الكتابة بقدره، وبقى الباقى على الكتابة.

ولا يجوز تدبير أم الولد؛ لأن الذى يقتضيه التدبير هو العتق بالموت، وقد استحقت ذلك بالاستيلاد، فلم يفد التدبير شيئًا.

فإذا دبرها، ومات - عتقت بالاستيلاد من رأس المال.

(فصل) ويجوز تدبير الحمل؛ كما يجوز فى بعض عبدٍ، كما يجوز عتقه، ويجوز فى العتق.

فإن كان بين رجلين عبد، فدبر أحدهما نصيبه - وهو موسر، فهل يقوم عليه نصيب شريكه؛ ليصير الجميع مدبرًا؟ فيه قولان:

أحدهما: يقوم عليه؛ لأنه أثبت له شيئًا يفضى إلى العتق لا محالة؛ فأوجب التقويم؛ كما لو استولد جاريةً بينه وبين غيره.

والثانى - وهو المنصوص -: أنه لا يقوم عليه؛ لأن التقويم إنما يجب بالإتلاف؛ كالعتق أو بسببٍ يوجب الإتلاف؛ كالاستيلاد، والتدبير ليس بإتلافٍ، ولا سبب يوجب الإتلاف؛ لأنه يمكن نقضه بالتصرف؛ فلم يوجب التقويم.

فإن كان له عبد، فدبر بعضه - فالمنصوص؛ أنه لا يسرى إلى الباقى، ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر، أنه يسرى فيصير الجميع مدبرًا؛ ووجههما ما ذكرناه فى المسألة قبلها.

فإن كان عبد بين اثنين، فدبراه؛ بأن قال كل واحدٍ منهما: إذا مت، فأنت حر - جاز؛ كما لو أعتقاه.

فإن أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير - وهو موسر - فهل يقوم عليه نصيب شريكه، ليعتق؟ فيه قولان منصوصان:

أحدهما: لا يقوم عليه؛ لأن لنصيب شريكه جهةً يعتق بها؛ فاستغنى عن التقويم، ولأنا إذا قومناه على المعتق، أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير.

والثانى: يقوم عليه؛ ليصير الكل حرًا؛ لأن المدبر كالقن فى الملك، والتصرف؛ فكان كالقن فى التقويم والسراية.

فإن كان بين نفسين عبد، فقالا: إذا متنا، فأنت حر - لم يعتق حصة واحدٍ منهما إلا بموته وموت شريكه.

فإن ماتا معًا، عتق عليهما؛ بوجود الصفة.

فإن مات أحدهما قبل الآخر - انتقل نصيب الميت إلى وارثه، ووقف عتقه على موت الآخر، فإذا مات الآخر - عتق.

فإن قالا: أنت حبيس على آخرنا موتًا - فالحكم فيها كالحكم فى المسألة قبلها إلا فى (فصل) واحدٍ، وهو أن فى المسألة الأولى: إذا مات أحدهما، انتقل نصيب الميت إلى وارثه، إلى أن يموت الآخر، وفى هذه إذا مات أحدهما - كان منفعة نصيبه موصىً بها للآخر إلى أن يموت؛ لقوله: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فإذا مات الآخر، عتق.

(الشرح) الأحكام: إذا قال لعبده: إذا دخلت الدار فأنت حر، ثم دبره، أو دبره ثم قال له: إذا دخلت الدار فأنت حر - صح، فإن دخل الدار قبل موت سيده، عتق بالصفة. وإن مات السيد قبل أن يدخل الدار، عتق بالتدبير؛ لأن كل واحد منهما صفة للعتق، فتعلق العتق بالسابق منهما.

وإن كاتب عبده ثم دبره، صح ذلك: فإن أدى قبل موت سيده، عتق بالكتابة.

وإن مات السيد قبل الأداء، فإن خرج من الثلث، عتق بالتدبير، وبطلت الكتابة، وإن لم يخرج من الثلث، عتق منه ما احتمله، وبقى الباقى منه مكاتبًا بحصته من المال؛ لأن كل واحد منهما سبب للعتق، فتعلق العتق بالسابق منهما، كما لو قال له: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال له: إن كلمت زيدًا، فأنت حر.

وإن كانت جارية فاستولدها، ثم دبرها، لم يفد التدبير شيئًا؛ لأنها تعتق بموته من رأس المال، ويعتق المدبر من الثلث، فكان الاستيلاد أقوى.

فصل: وإن كان بين اثنين عبد فدبر أحدهما نصيبه منه وهو موسر، صار نصيبه مدبرًا وهل يسرى إلى نصيب شريكه؟ فيه قولان:

أحدهما: يسرى إلى نصيب شريكه، ويلزمه دفع قيمة نصيب شريكه، ويصير الجميع مدبرًا، يعتق بموته، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه استحق العتق بموت سيده، فسرى إلى نصيب شريكه، كما لو استولد جارية بينه وبين شريكه.

والثانى: أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه، ولا يسرى إليه التدبير. وهو اختيار المزنى وابن الصباغ، وهو المشهور من المذهب؛ لأن التدبير لا يقطع التصرف فى رقبته بالبيع، فلم يسر إلى نصيب الشريك، كما لو علق عتق عبد مشرك بينه وبين غيره على صفة، ويخالف الاستيلاد فإنه يمنع من البيع.

فعلى هذا: يصير نصفه مدبرًا ونصفه قنا.

فإن مات السيد الذى دبر نصيبه، عتق نصيبه، ولا يقوم عليه نصيب شريكه؛ لأنه لا مال له حال العتق.

فإن أعتق الذى لم يدبر نصيبه قبل موت السيد الذى دبر نصيبه، فهل يقوم نصيب المدبر على المعتق إن كان موسرًا؟ الحكم فيه حكم ما لو كان عبد بين شريكين فدبراه، فأعتق أحدهما نصيبه قبل موت شريكه، فهل يقوم عليه نصيب شريكه إذا كان موسرًا؟ فيه قولان:

أحدهما: يقوم عليه؛ لأن المدبر كالقن فى التصرف فيه بالبيع والهبة، فكان كالقن فى العتق والسراية.

والثانى: لا يقوم عليه، وهو قول أبى حنيفة.

قال المحاملى: وهو الأصح؛ لأن الشريك قد استحق الولاء على نصيبه بموته، فلم يجز إبطال ذلك عليه بالتقويم.

فعلى هذا: لو رجع الشريك فى تدبير نصيبه، فالذى يقتضى المذهب: أنه يقوم على المعتق ويسرى عتقه إلى جميعه؛ لأن المنع من التقويم إنما كان لما استحقه السيد من الولاء، وقد بطل ذلك برجوعه.

فرع: وإن كان لرجل عبد فدبر بعضه، صح ذلك كما يصح عتقه فى بعض عبده، وهل يسرى التدبير إلى جميعه؟

المنصوص للشافعى: أنه لا يسرى التدبير إلى باقيه؛ لأن التدبير ليس بإتلاف ولا سبب يوجب الإتلاف؛ لأنه يجوز بيعه، فلم يقتض السراية.

قال المحاملى: ويجىء فيها قول آخر: أن التدبير يسرى إلى باقيه، مأخوذ من القول المحكى: إذا دبر أحد الشريكين نصيبه، سرى إلى نصيب شريكه، وقوم عليه إذا كان موسرًا.

فرع: وإن كان عبد بين اثنين، فقال كل واحد منهما: إذا متنا فأنت حر، فقد علق كل واحد منهما عتق نصيبه بموته وموت شريكه، فلا يصير العبد مدبرًا فى الحال؛ لأن المدبر هو العبد الذى علق سيده عتقه بموته وحده وهاهنا قد علق عتقه بموته وموت شريكه، فكان عتقًا معلقًا بصفة.

فإن ماتا معًا، عتق نصيب كل واحد منهما من ثلث تركته بالصفة لا بالتدبير.

وإن مات أحدهما قبل الآخر، لم يعتق نصيب الميت أولًا قبل موت شريكه، وأما نصيب الثانى، فإنه يصير مدبرًا؛ لأن عتق نصيبه الآن متعلق بموته وحده.

وهل لورثة الأول أن يتصرفوا فى نصيبهم قبل موت الثانى بما يزيل الملك، كالبيع والهبة؟ فيه وجهان، حكاهما الطبرى فى (العدة):

أحدهما: قال صاحب (التقريب): لهم ذلك، كما لو علق عتق عبده على صفتين فوجدت إحداهما، فله أن يزيل ملكه عنه قبل وجود الأخرى.

والثانى: قال غيره من أصحابنا: ليس لهم ذلك، وهو الأصح، كما لو قال لعبده: إذا مت فدخلت الدار، فأنت حر، فأراد العبد دخول الدار، لم يكن للوارث منعه من الدخول، ولا بيعه، وكما لو قال: إذا مت ومضى يوم، فأنت حر، فليس لهم بيعه قبل مضى اليوم، ولهم استخدامه قبل موت الثانى.

فإن كسب مالًا بعد موت الأول وقبل موت الثانى، ثم مات الثانى، فلمن يكون ما يخص نصيب الأول من ذلك الكسب؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لورثة الأول لا يقضى منه دينه، ولا تنفذ منه وصاياه.

والثانى: أنه من جملة تركة الأول، يقضى منه دينه وتنفذ منه وصاياه؛ بناء على الوجهين فى جواز تصرف الورثة فى رقبته.

فأما إذا قال كل واحد من الشريكين: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فإذا مات عتقت، فإنه لا يعتق نصيب أحدهما إلا بموته وموت شريكه كالأولى، إلا أن ههنا إذا مات أحدهما، كانت منفعة نصيبه موصى بها لشريكه إلى أن يموت الآخر منهما، فإذا مات، عتق عليهما من ثلث تركتهما.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويملك المولى بيع المدبر؛ لما روى جابر - رضى الله عنه - أن رجلًا أعتق غلامًا له عن دبرٍ منه، ولم يكن له مال غيره، فأمر به النبى ﷺ فبيع بسبعمائةٍ أو بتسعمائةٍ.

ويملك هبته، ووقفه، وكتابته، قياسًا على البيع.

ويملك أكسابه، ومنافعه، وأرش ما يجنى عليه؛ لأنه لما كان كالعبد القن فى التصرف فى الرقبة؛ كان كالقن فيما ذكرناه.

وإن جنى خطأ، تعلق الأرش برقبته، وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع، وبين أن يفديه، كما يفدى العبد القن؛ لأنه كالقن فى جواز بيعه، فكان كالقن فى جواز التسليم للبيع والفداء.

وإن مات السيد قبل أن يفديه، فإن قلنا: لا يجوز عتق الجانى، لم يعتق، وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد فى حياته.

وإن قلنا: يجوز عتق الجانى، عتق من الثلث، ووجب أرش الجناية من التركة؛ لأنه عتق بسببٍ من جهته، فتعلق الأرش بتركته، ولا يجب إلا أقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجناية؛ لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق.

(الشرح) حديث جابر أخرجه البخارى[1] ومسلم[2] وأبو داود[3] والنسائى[4]

---

(١) (٥/ ١٦٥) كتاب: العتق، باب: بيع المدبر، حديث (٢٥٣٤).

(٢) (٣/ ١٢٨٩) كتاب: الأيمان، باب: جواز بيع المدبر، حديث (٩٩٧/٥٨).

(٣) (٤/ ٢٦٤) كتاب: العتق، باب: بيع المدبر، حديث (٣٩٥٥).

(٤) (٥/ ٦٩ - ٧٠) كتاب: الزكاة، باب أى الصدقة أفضل.

والترمذى[١]، وابن ماجه[٢]، والطيالسى[٣]، والحميدى[٤]، وأبو يعلى[٥]، والبيهقى[٦]، من طرق عن جابر أن النبى ﷺ باع مدبرًا.

الأحكام: اختلف الفقهاء فى بيع المدبر وهبته فى حياة سيده على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعى: أن بيعه جائز فى الأحوال كلها: فى دين، وغير دين، سواء كان تدبيره مطلقًا أو مقيدًا، وهو فى الصحابة قول عائشة - رضى الله عنها - وابن عمر، وجابر؛ وفى التابعين قول عمر بن عبدالعزيز، وعطاء، وطاوس، ومجاهد؛ وفى الفقهاء قول أبى ثور، وأحمد، وإسحاق.

والثانى - وهو مذهب مالك - أنه كالعتق الناجز فى المرض، لا يجوز بيعه إلا فى الدين، مقيدًا كان أو مطلقًا.

والثالث - وهو مذهب أبى حنيفة - إن كان تدبيره مقيدًا جاز بيعه فى دين، وغير دين، وإن كان مطلقًا، لم يجز بيعه فى دين وغير دين، فجعله لازمًا إذا أطلق وغير لازم إذا قيد، وهو عندنا غير لازم فى الحالين؛ احتجاجًا بما روى عن النبى ﷺ «أَنَّه نَهى عَنْ بَيْعِ المُدَبَّرِ»[٧].

قالوا: ولأن كل عتق نجز إطلاقه بموت المعتق، منع من جواز البيع كأم الولد.

قالوا: ولأنه لما استفاد بالتدبير اسمًا غير اسم العبيد، وجب أن يستفيد به حكمًا غير أحكام العبيد؛ لأن انتقال الاسم يوجب انتقال الحكم، ولو جاز بيعه لبقى على حكمه مع انتقال اسمه، وهذا غير جائز كالمكاتب.

---

(١) (٣/ ٥٢٣) كتاب: البيوع، باب: بيع المدبر، حديث (١٢١٩).
(٢) (٢/ ٨٤٠) كتاب: العتق، باب: المدبر، حديث (٢٥١٣).
(٣) (١/ ٢٤٥ - منحة) رقم (١٢٠٧).
(٤) (٢/ ٥١٣) رقم (١٢٢٢).
(٥) (٣/ ٣٥٧ - ٣٥٨) رقم (١٨٢٥).
(٦) (١٠/ ٣٠٨) كتاب: المدبر، باب: المدبر يجوز بيعه.
(٧) أخرجه الدارقطنى ٤/ ١٣٨ كتاب المدبر (٥٠) ومن طريقه البيهقى (١٠/ ٣١٤) عن عمرو بن عبد الجبار أبى معاوية الجزرى عن عمه عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «المدبر لا يباع ولا يوهب، وهو حر من الثلث».
وقال الدراقطنى: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله. ثم ساقه عنه موقوفًا وقال: هذا هو الصحيح موقوفًا، وما قبله لا يثبت مرفوعا، ورواته ضعفاء.

ودليلنا: ما رويناه عن النبي ﷺ أنه باع مدبرًا على مالكه.

فإن قيل: هو محمول على بيع منافعه بالإجارة، قيل: لا يجوز أن يعدل عن حقيقة المذكور إلى مجاز غير مذكور، ما لم يصرف عنه دليل.

فإن قيل: إنما باعه في دين، وقد يباع في الدين ما يمنع من بيعه في غير الدين كالمعتق في المرض.

قيل: لو كان بيعه لا يجوز إلا في الدين، لكان بيعه موقوفًا على طلب الغرماء، ولما جاز أن يبيع منه إلا قدر الدين، وقد باعه كله بثمن دفعه إليه، وقال له: (أَنْفِقْ عَلَى نَفْسِكَ، ثُمَّ عَلَى عِيَالِكَ، ثُمَّ عَلَى ذَوِي رَحِمِكَ، ثُمَّ اصْنَعْ بِالْفَضْلِ مَا شِئْتَ)[1]، فدل على بيعه في الدين وغير الدين.

وقد باعت عائشة - رضي الله عنها - مدبرتها في غير دين؛ فدل على جواز بيعه في الدين وغير الدين.

ولأن التدبير قول علق به عتق على صفة تفرد بها، فلم يمنع من جواز بيعه كتعليقه بجميع الصفات.

ولأن من جرى عليه حكم التدبير، جاز بيعه قبل الموت كالتدبير المقيد.

ولأن من كان عتقه معتبرًا من ثلثه مع صحته، جاز له بيعه قبل عتقه كالموصى بعتقه.

فأما الجواب عما رووه عن نهيه عن بيع المدبر، فهو أنه من المناكير التي لا تعرف، ولو صح لكان محمولًا على التنزيه؛ بدليل ما فعله من بيعه.

وأما الجواب عن إلحاقه بأم الولد، فهو أنها كالمستهلكة بالإحبال؛ لسرايته إلى حصة الشريك.

ولأن عتق أم الولد لازم؛ لاعتباره من رأس المال كالديون، وعتق التدبير غير لازم؛ لاعتباره من الثلث كالوصايا؛ فلهذين الأمرين افترقا في جواز البيع.

وأما الجواب عن: أن انتقال الاسم يوجب انتقال الحكم، فهو أنه موجب لزيادة حكم لم يكن قبل انتقال الاسم، وقد وجدت الزيادة بعتقه بالموت، ولم يلزم زوال أحكامه كما لم يلزم زوال استخدامه.

---

(١) تقدم.

فإذا ثبت جواز بيعه، جازت هبته وجاز كتابته، وجاز تعجيل عتقه[١].

فرع: وإذا جنى المدبر جناية، فهى إما عمدًا أو خطأ:

فإن كانت عمدًا وجب عليه القصاص، فإن كان اقتص من نفسه مات بالقصاص عبدًا، وإن كان فى طرفه كان بعد القصاص مدبرًا.

وإن كانت جنايته خطأ أو عمدًا عفى فيها عن القصاص، تعلقت برقبته؛ كالعبد القن، وكان السيد فيه بالخيار بين: فدائه، أو بيعه.

وقال أبو حنيفة: لا تتعلق جنايته برقبته، ويؤخذ السيد بفدائه كأم الولد. وبناه على أصله فى أن بيع المدبر لا يجوز؛ فصار إلى وجوب فدائه كأم الولد.

والشافعى بناه على أصله فى جواز بيعه، وأسقط به وجوب فدائه، ويكون السيد فيه بالخيار بين البيع، أو الفداء:

فإن اختار فداءه نظر أرش جنايته: فإن كان بقدر قيمته فما دون، فداه بقدر أرشها، وإن كان أكثر من قيمته ففيما يفديه به قولان:

أحدهما: يفديه بقدر القيمة؛ لأنه لو بيع لم يستحق فيها غير الثمن.

والقول الثانى: يفديه بجميع جنايته، وإلا مكن من بيعه؛ لأنه قد يقطع بالفداء رغبة من يجوز أن يشتريه بأكثر من قيمته، فمنع من قطع هذه الزيادة المظنونة، وأخذ بجميع الأرش ما أقام على المنع من بيعه.

ثم يكون المدبر بعد الفداء باقيًا على تدبيره.

وإن لم يفده، وأراد بيعه فى جنايته - لم يكن لمستحق الجناية أن ينفرد ببيعه؛ لأنه ملك بالجناية أرشها دون الرقبة، ولم يجز أن يكون وكيلًا فى بيعه؛ لأنه يبيعه فى حق نفسه كالمرتهن، وكان السيد أحق ببيعه؛ لبقائه على ملكه، فإن باعه عن إذن مستحق الجناية، أو عن إذن الحاكم - صح بيعه، ومنع مشتريه من دفع ثمنه إلى السيد البائع حتى يجتمع مع مستحق الجناية على قبضه؛ لأنه مبيع فى حقهما.

وإن تفرد السيد ببيعه من غير إذن، كان باطلًا؛ لأنه كالمرهون بجنايته.

ولو كان أرش الجناية أقل من قيمته، كان السيد فى بيعه بالخيار بين أن يبيع منه بقدر الجناية ويكون باقيه مدبرًا، أو يبيع جميعه فيبطل التدبير فى جميعه؛ لأنه لما

(١) ينظر: الحاوى (١٨/ ١٠٢، ١٠٣).

أجيز له بيعه من غير جناية، كان فى الجناية أجوز.

فإن ملكه السيد بعد بيعه بابتياع أو هبة أو ميراث: فإن أجرى التدبير مجرى الوصايا لم يعد تدبيره بعوده إلى ملكه، إلا أن يستأنف تدبيره كالوصايا، وإن أجرى مجرى العتق بالصفات ففى عوده إلى التدبير إذا عاد إلى ملكه قولان، من اختلاف قوليه فى المطلقة بصفة توجد فى نكاح ثان، هل تطلق بها؟ على قولين؛ كذلك عود العتق بصفة توجد فى ملك ثان على قولين.

ولو مات سيد المدبر قبل فكاكه من جنايته، ففى عتقه بموته قولان كعتق المرهون:

أحدهما: يعتق ويؤخذ من تركة السيد أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته قولًا واحدًا؛ لأن نفعه قد فات بعتقه.

والقول الثانى: لا يعتق قبل فدائه، ويقوم ورثة السيد مقامه، فيخيرون بين بيعه وبين فدائه: فإن بيع بطل تدبيره، ولا يعود إن عاد إلى ملك الورثة قولًا واحدًا، وإن فدوه كان فى قدر فدائه كالسيد قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته.

والقول الثانى: بأرش جنايته وإن زادت على قيمته، ويجرى عتقه بعد فدائه بموت سيده[(١)].

فرع: فأما إذا كانت الجناية على المدبر فأرشها لسيده دونه، فإن كانت الجناية على طرفه كان بعد الجناية على تدبيره، ولا يكون أخذ أرشها مؤثرًا فى فسخ تدبيره، سواء أجرى مجرى الوصايا، أو مجرى العتق بالصفات.

وإن كانت الجناية على نفسه مات بالجناية عبدًا، وملك السيد قيمته، ولم يلزمه أن يصرفها فى تدبير مثله، ولا أن يجعل قيمته فى التدبير بمثابته.

فإن قيل: فهلا كان قتله فى التدبير كقتله فى الرهن؛ فتجعل قيمته فى التدبير مدبرة كما جعلت قيمته فى الرهن مرهونة؟

قيل: لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المقصود فى التدبير عينه، وفى الرهن قيمته.

---

(١) ينظر: الحاوى (١٨/ ١١٥، ١١٦).

والثانى: أن القيمة تجوز أن ترهن فى الابتداء، ولا يجوز أن تدبر فى الابتداء؛ فكذلك فى الانتهاء[١].

(فصل) وإن كان المدبر جاريةً، فأتت بولدٍ من النكاح أو الزنا، فهل يتبعها فى التدبير؟ فيه قولان:

أحدهما: يتبعها؛ لأنها تستحق الحرية، فتبعها الولد؛ كأم الولد؛ فعلى هذا، إن ماتت الأم فى حياة المولى، لم يبطل التدبير فى الولد.

والثانى: لا يتبعها؛ لأنه عقد يلحقه الفسخ، فلم يسر إلى الولد؛ كالرهن، والوصية.

وإن دبرها، وهى حامل، تبعها الولد قولًا واحدًا؛ كما يتبعها فى العتق.

وإن دبرعبدًا، ثم ملكه جاريةً، فأتت منه بولدٍ، لحقه نسبه؛ لأنه يملكها؛ فى أحد القولين، وله فيها شبهة، فى القول الثانى، لاختلاف الناس فى ملكه، فإن قلنا: لا يملك الجارية، فالولد مملوك للمولى؛ لأنه ولد أمته.

وإن قلنا: يملكها، فالولد ابن المدبر ومملوكه؛ لأنه من أمته، وهل يكون مدبرًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ليس بمدبرٍ؛ لأن الولد إنما يتبع الأم دون الأب، والأم غير مدبرةٍ.

والثانى: أنه مدبر؛ لأنها علقت به فى ملكه، فكان كالأب كولد الحر من أمته.

(الشرح) الأحكام: يجوز لسيد المدبرة أن يطأها؛ لما رواه الشافعى عن مالك عن نافع عن ابن عمر: أنه دبر جاريتين له، فكان يطؤهما وهما مدبرتان.

ولأن أحكام الرق على المدبرة جارية؛ فجرى عليها فى حكم الاستمتاع مجرى الرق.

ولأنه مالك لمنافعها، والاستمتاع من منافعها كالاستخدام.

ولأن سبب العتق فى أم الولد أقوى منه فى المدبرة، ولم يمنع الإيلاد من الاستمتاع؛ فكان التدبير أولى.

فإن قيل: فهلا كانت كالمكاتبة فى منعه من الاستمتاع بها؟

قيل: لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

---

(١) ينظر: الحاوى ١٨/ ١١٧ .

أحدهما: أن المكاتبة قد ملكت منافعها؛ فلم يملك عليها الاستمتاع بها، والمدبرة بخلافها فى المنافع؛ فكانت بخلافها فى الاستمتاع.

والثانى: أن المكاتبة فى حكم الخارجة عن ملكه؛ لأنها تملك أرش ما جنى عليها، والمدبرة باقية على ملكه؛ لأنه المالك لأرش الجناية عليها.

فلهذين المعنيين افترقا؛ فجاز استمتاعه بالمدبرة، ولم يجز استمتاعه بالمكاتبة.

فإذا صح جواز استمتاعه بالمدبرة لم يكن وطؤه رجوعًا فى التدبير؛ لأنه مقو لسبب العتق إن أولد فلم ينافه، فإن أولدها صارت أم ولد يلزم عتقها بموته من ماله، بعد أن كان من ثلثه، وبطلان بيعها بعد أن كان له بيعها.

قال أبو حامد الإسفرايينى: وقد بطل التدبير بالإيلاد. وذهب إلى هذا - أيضًا - المصنف كما سيأتى فى الفصل القادم من المتن.

وليس هذا بصحيح؛ لأنه قد طرأ على التدبير ما هو أغلظ فصار داخلًا فيه، وغير مبطل له؛ كطروء الجناية على الحدث يدخل فيها، ولا يرتفع بها.

فرع: أما أولاد المدبرة من سيدها: فأحرار بحرية السيد، وقد صارت بهم أم ولد.

وأما أولادها من غيره من زوج أو زنى، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تلدهم قبل التدبير.

والثانى: أن تحبل بهم، وتلدهم بعد التدبير.

والثالث: أن تكون حاملًا بهم وقت التدبير.

فأما الضرب الأول - وهم من ولدتهم قبل التدبير -: فهم مملوكون للسيد، لا يتبعونها فى التدبير، وهو متفق عليه، وسواء كان الزوج حرًّا أو مملوكًا؛ لأنهم تبع لها فى الرق كما أن ولد الحرة تبع لها فى الحرية، لا يتبعون أباهم فى الرق.

وأما الضرب الثانى - وهو أن يدبرها حائلًا فتحبل بهم وتلدهم بعد التدبير - ففيهم قولان منصوصان للشافعى:

أحدهما: يكونون على حكمها داخلين فى التدبير معها، قاله من الصحابة: عثمان وابن مسعود وابن عمر، ومن الفقهاء: مالك وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل.

والقول الثانى: يكونون مملوكين للسيد غير داخلين معها فى التدبير، قاله من

الصحابة: زيد بن ثابت - رضى الله عنه - ومن التابعين: أبو الشعثاء جابر بن زيد، واختاره المزنى.

واختلف أصحاب الشافعى فى هذين القولين: هل قالهما ابتداء أو قالهما بناء؟ فذهب جمهورهم إلى أنه ابتدأهما باجتهاده.

وذهب آخرون إلى أنه بناهما على مذهبه فى غيره، واختلفوا فيما بناه عليه من مذهبه:

فذهب بعضهم إلى أنه بناه على اختلاف قوليه فى التدبير: هل هو وصية أو عتق بصفة؟

وذهب آخرون منهم إلى أنه بناه على اختلاف قوليه فى الحمل: هل يكون تبعًا، أو يأخذ من الثمن قسطًا.

فإذا قيل بالأول: إن أولادها يتبعونها فى التدبير، فدليله معنيان:

أحدهما: أنهم لما تبعوها فى الحرية والرق، وجب أن يتبعوها فى سبب الحرية المفضية إلى زوال الرق كولد أم الولد، وهو معنى قول الشافعى: (إن ولد كل ذات رحم بمنزلتها).

والمعنى الثانى: أن لأسباب الحرية حرمة ثابتة فى الأم؛ فوجب أن تسرى إلى ولدها كالإسلام.

وإذا قيل بالثانى: إن أولادها مملوكون للسيد لا يتبعونها فى التدبير، فدليله معنيان:

أحدهما: أن العقد إذا جاز أن يلحقه الفسخ، لم يكن الولد فيه تابعًا لأمه؛ كولد المرهونة، والموصى بها طردًا، وولد أم الولد عكسًا.

والمعنى الثانى: أنه لما تقابل فى الولد حقان: حق السيد فى رقه، وحق الأم فى عتقه، وكان حق السيد فيه عن ملك مستقر، وحقها فيه عن تدبير غير مستقر - فتغليب ما استقر فى رقه أولى من تغليب ما لم يستقر فى عتقه.

فإذا تقرر توجيه القولين: فإن قيل: إن ولدها مرقوق لم يتبعها فى التدبير، كان له بيع الولد فى حياته، ثم لورثته بعد موته، سواء عتقت الأم بالتدبير أو ماتت على الرق.

وإن قيل: إن ولدها تبع لها فى التدبير، صارا مدبرين يعتقان عليه بالموت

كالعبدين المدبرين.

فإن رجع فى تدبيرها، بطل حكم التدبير فيهما.

وإن رجع فى تدبير الولد، عاد إلى الرق وبقيت الأم على التدبير.

وإن رجع فى تدبير الأم، عادت إلى الرق، وبقى الولد على التدبير.

فإن قيل: فإذا كان الولد تابعًا لها فى التدبير، فهلا صار تابعًا لها فى الرجوع كولد المكاتبة: لما كان تابعًا لها فى الكتابة - على أحد القولين - يعتق بعتقها إذا أدت، صار تابعًا لها فى الرجوع إلى الرق إذا عجزت؟

قيل: الفرق بينهما: أن ولد المدبرة يصير بالتبع لها مدبرًا؛ ولذلك إذا ماتت الأم على الرق قبل موت السيد، لم يبطل التدبير فى الولد؛ فلذلك لا يتبعها فى الرجوع، وإن تبعها فى التدبير. وولد المكاتبة لا يتبعها فى الكتابة، وإنما يتبعها فى الحرية والرق؛ ولذلك إذا ماتت الأم على كتابتها، لم يصر الولد مكاتبًا بعد موتها؛ فلذلك عاد إلى الرق بعودها إليه.

وأما الضرب الثالث وهو أن يدبرها وهى حامل - فيكون حملها تابعًا لها فى التدبير قولًا واحدًا، كما يتبعها فى العتق.

فإن استثناه فى التدبير، فقال: أنت مدبرة دون حملك، صح الاستثناء إن ولدته قبل موته، وبطل إن ولدته بعد موته؛ لأن الحرة لا تلد إلا حرًّا.

ولو دبر الحمل دون أمه، صح تدبيره، ولم تصر الأم تابعة له فى التدبير؛ لأن الحمل تابع، وليس بمتبوع.

ولو دبر الأم حاملًا، ورجع فى تدبيرها وهى حامل، تبعها حملها فى التدبير، ولم يتبعها فى الرجوع.

والفرق بينهما: أن العتق يسرى، والرق لا يسرى.

والعلم بكونه حملًا وقت التدبير: أن تلده لأقل من ستة أشهر من وقت تدبيره؛ فيعلم وجوده حملًا وقت التدبير.

وإن ولدته لأكثر من أربع سنين، علم عدمه وقت التدبير؛ فلم يكن مدبرًا.

وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين: فإن كانت مطلقة من زوج يلحق به ولدها، حكم بوجوده وتدبيره؛ اعتبارًا بالظاهر فى لحوقه.

وإن كانت ذات زوج يطأ، حمل على الظاهر من حدوثه فلم يصر مدبرًا.

فرع: وإذا جعل ولد المدبرة، وحملها تبعًا لها فى التدبير، جاز أن يرجع فى تدبير الولد والحمل، كما جاز أن يرجع فى تدبيرها.

فإن قال السيد لها وهى حامل: كلما ولدت ولدًا، فقد رجعت فى تدبيره، لم يصح رجوعه لعلتين:

إحداهما: أنه قبل خلقه ليس بمدبر.

والثانية: أنه رجوع معلق بصفة.

ولو قال لها وهى حامل: قد رجعت فى تدبير حملك، صح؛ لأنه لما صح تدبيره حملًا، صح الرجوع فيه حملًا.

ولو قال: إذا ولدته فقد رجعت فى تدبيره، لم يصح الرجوع، وكان على التدبير إذا ولد؛ لأنه رجوع معلق بصفة، وتعليقه بالصفات لا يصح.

فرع: وإذا دبر حمل جاريته دونها، ثم باعها حاملًا، فإن قصد ببيعها الرجوع فى تدبير حملها، صح البيع، وبطل به تدبير الحمل.

وإن باعه مطلقًا لم يستثنه فى البيع، ولا قصد به إبطال التدبير فى الحمل، ففى صحة البيع قولان:

أحدهما: صح البيع؛ لأن بيع المدبر رجوع، وإن لم يقصد به الرجوع.

والقول الثانى - وهو المنصوص -: أن البيع باطل؛ لأن حكم الحمل مخالف لحكم أمه[1].

تنبيه: أرجأ المصنف الحديث عن الرجوع فى تدبير من يتبعها ولدها فى التدبير إلى الفصل بعد القادم من المتن، وإنما آثرنا ذكر الأحكام المتعلقة بذلك هاهنا؛ حتى نستوفى الكلام عن الموضوع الواحد فى مكان واحد؛ فإنه أنسب فى التأليف، وتنظيم الفِكَر، والله الهادى للصواب.

وإذا دبر أمة حاملًا فجنت تعلق أرش جنايتها برقبتها دون حملها، فإن فداها السيد كان باقيًا فيها وفى حملها، وإن لم يفدها، وأراد بيعها فى أرش الجناية، فإن كان بعد ولادتها، كان الولد خارجًا من بيعه فى الأرش، ولم يجز أن يفرق بينهما فى الملك، فتباع مع ولدها؛ لئلا تُوَلَّهُ والدة عن ولدها، ويكون ثمن الأم مستحقًّا فى الأرش،

---

(١) ينظر: الحاوى (١٨/ ١٢٦، ١٢٩).

وثمن الولد خالصًا للسيد.

وإن كانت وقت البيع على حملها، لم يلزم مستحق الأرش أن يؤخر بيعها إلى وقت الولادة؛ لأن حقه معجل، ولم يجز استثناء حملها في البيع؛ لأن بيع الحامل دون حملها باطل، وبيعت حاملًا، وكان جميع ثمنها مستحقًّا في الأرش إن جعل الحمل في البيع تبعًا.

فأما إن جعل له من الثمن قسطًا، ففيه وجهان:

أحدهما: يدفع من الثمن إلى مستحق الأرش ما قابل ثمن الأم، ويدفع منه إلى السيد ما قابل ثمن الحمل؛ لتعلق الجناية برقبة الأم دون الحمل.

والوجه الثاني - وهو أظهر -: أنه يدفع جميع الثمن إلى مستحق الأرش؛ لأنه لما لم يجز أن يتميزا في البيع، لم يجز أن يتميزا في الثمن، وصار الحمل في حق السيد كالمستهلك، ولكن لو ضرب بطنها قبل البيع، فألقته جنينًا ميتًا، كانت ديته للسيد دون مستحق الأرش، ويجوز للسيد تدبير الحمل دون أمه، كما يجوز له عتقه دون أمه[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

ويجوز الرجوع في التدبير بما يزيل الملك؛ كالبيع، والهبة المقبوضة؛ لما رويناه من حديث جابرٍ - رضي الله عنه - وهل يجوز بلفظ الفسخ؛ كقوله: فسخت، ونقضت، ورجعت؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه يجري مجرى الوصية، فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ، وهو اختيار المزني؛ لأنه تصرف يتنجز بالموت، يعتبر من الثلث؛ فهو كالوصية.

والثاني: أنه يجري مجرى العتق بالصفة، فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ - وهو الصحيح - لأنه عتق علقه على صفةٍ، فهو كالعتق بالصفات.

وإن وهبه، ولم يقبضه - فقد اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: إن قلنا: إنه كالوصية؛ فهو رجوع.

وإن قلنا: إنه كالعتق بالصفة؛ فليس برجوع؛ لأنه لم يزل الملك.

ومنهم من قال: هو رجوع على القولين؛ لأنه تصرف يفضي إلى زوال الملك.

---

(١) ينظر: الحاوي (١٨/ ١١٦).

وإن كاتبه، فإن قلنا: إن التدبير كالوصية - كان رجوعًا؛ كما لو أوصى بعبدٍ ثم كاتبه

وإن قلنا: إنه كالعتق بالصفة - لم يكن رجوعًا، بل يصير مدبرًا مكاتبًا، وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتبًا.

وإن دبره، ثم قال: إن أديت إلى وارثى ألفًا، فأنت حر، فإن قلنا: إنه كالوصية - كان ذلك رجوعًا فى التدبير؛ لأنه عدل عن العتق بالموت إلى العتق بأداء المال؛ فبطل التدبير، ويتعلق العتق بالأداء.

وإن قلنا: إنه كالعتق بالصفة، وخرج من الثلث - عتق بالتدبير، وسقط حكم الأداء بعده؛ لأنه علق عتقه بصفةٍ متقدمةٍ، ثم علقه بصفةٍ متأخرةٍ، فعتق بأسبقهما، وأسبقهما الموت فعتق به.

وإن دبر جاريةً، ثم أولدها - بطل التدبير؛ لأن العتق بالتدبير، والاستيلاد فى وقتٍ واحدٍ، والاستيلاد أقوى؛ فأسقط التدبير.

(فصل) ويجوز الرجوع فى تدبير البعض؛ كما يجوز التدبير فى الابتداء فى البعض.

وإن دبر جاريةً، فأتت بولدٍ من نكاحٍ، أو زنًا، وقلنا: إنه يتبعها فى التدبير، ورجع فى تدبير الأم، لم يتبعها الولد فى الرجوع، وإن تبعها فى التدبير؛ كما أن ولد أم الولد يتبعها فى حق الحرية، ثم لا يتبعها فى بطلان حقها من الحرية بموتها.

وإن دبرها الصبى، وقلنا: إنه يصح تدبيره، فإن قلنا: يجوز الرجوع بلفظ الفسخ، جاز رجوعه؛ لأنه لا حجر عليه فى التدبير؛ فجاز رجوعه فيه؛ كالبالغ.

وإن قلنا: لا يجوز الرجوع إلا بتصرفٍ يزيل الملك - لم يصح الرجوع فى تدبيره إلا بتصرفٍ يزيل الملك من جهة الولى.

(الشرح) الأحكام: قد تقدم القول فى الرجوع فى التدبير بما يزيل الملك: كالبيع، والهبة المقبوضة، وما أشبههما.

أما لو رجع فى التدبير بلفظ الفسخ: كقوله: فسخت، أو نقضت، أو رجعت، وما أشبهها، فقد قال الشافعى - رضى الله عنه -:

ولو قال سيد المدبر قد رجعت فى تدبيرك أو نقضته أو أبطلته، لم يكن ذلك نقضًا للتدبير، حتى يخرجه من ملكه.

وقال في موضع آخر: إن قال: إن أدى بعد موتى كذا فهو حر، أو وهبه هبة بتات قبض أو لم يقبض، ورجع فهذا رجوع في التدبير.

قال المزني: هذا رجوع في التدبير بغير إخراج له من ملكه، وذلك كله في الكتاب الجديد.

وقال في الكتاب القديم: لو قال: قد رجعت في تدبيرك، أو في ربعك، أو في نصفك - وكان ما رجع عنه رجوعًا في التدبير، وما لم يرجع عنه مدبرًا بحاله.

وقال المزني: وهذا أشبه بقوله بأصله وأصح؛ لقوله: إذا كان المدبر وصية فلم لا يرجع في الوصية؟ ولو جاز له أن يخالف بين ذلك؛ فيبطل الرجوع في المدبر، ولا يبطله في الوصية لمعنى اختلفا فيه - جاز بذلك المعنى أن يبطل بيع المدبر ولا يبطل في الوصية؛ فيصير إلى قول من لا يبيع المدبرة، ولو جاز أن يجمع بين المدبر والأيمان في هذا الموضع، جاز إبطال عتق المدبر لمعنى الحنث؛ لأن الأيمان لا يجب الحنث بها على ميت، وقوله في الجديد والقديم بالرجوع فيه كالوصايا معتدل مستقيم، لا يدخل عليه منه كبير تعديل.

قال الماوردي: وأصل هذا اختلاف قول الشافعي في التدبير: هل يجري مجرى الوصايا، أو مجرى العتق بالصفات؟ فقال في القديم، وأحد قوليه في الجديد: إنه يجري مجرى الوصايا، وبه قال عطاء وطاوس، وهو اختيار المزني، والربيع؛ ليكون له الرجوع في تدبيره فعلًا بإخراجه عن ملكه، وقولًا مع بقائه على ملكه.

وقال في قوله الثاني في الجديد: إنه يجري مجرى الأيمان والعتق بالصفات، وهو اختيار أكثر المتأخرين من أصحاب الشافعي؛ ليكون له الرجوع في تدبيره فعلًا بإخراجه عن ملكه، ولا يكون له الرجوع في تدبيره قولًا مع بقائه على ملكه.

فإذا قيل: إنه يجري مجرى الوصايا، فوجهه شيئان:

أحدهما: أنه من العطايا الناجزة بالموت؛ فأشبه الوصايا.

والثاني: أنه معتبر في الثلث كالوصايا.

وإذا قيل: إنه يجري مجرى الأيمان والعتق بالصفات، فوجهه شيئان:

أحدهما: أنه عتق معلق بوجود صفة؛ فأشبه قوله: إذا مات زيد فأنت حر.

والثاني: أن ما لم يجر عليه بعد الموت ملك، ولم يعتبر فيه قبول، خرج عن الوصايا إلى العتق في المرض.

فأما المزنى فإنه احتج لاختياره - أنه كالوصايا - بثلاث مسائل أبان بها مذهب الشافعى أن التدبير كالوصايا، واستدلالان احتج بهما لنصرة اختياره.

فأما المسائل الثلاث:

فأحدها: ما حكاه عن الشافعى أنه لو قال لمدبره: إذا أديت كذا بعد موتى، فأنت حر، عتق بالأداء بعد الموت، ولم يعتق بالموت.

قال: وهذا رجوع فى التدبير مع بقائه على الملك.

فيقال للمزنى هذا إنما فرَّعَه الشافعى على قوله فى التدبير: إنه كالوصايا؛ فيبطل به التدبير، ويثبت به العتق بالأداء بعد الموت.

وأما على قوله: إن التدبير كالأيمان، والعتق بالصفات، فيعتق بالموت، ويسقط حكم الأداء بعد الموت؛ لأنه قد علق عتقه بصفة متقدمة، ثم علقه بصفة متأخرة، فعتق بأسبقهما والموت أسبق، كما لوقال لعبده: إن قدم زيد فأنت حر، وإن قدم عمرو فأنت حر - عتق بأسبقهما قدومًا.

والمسألة الثانية: ما حكاه عن الشافعى: أنه قال: لو وهب المدبر هبة بتات، قبض أو لم يقبض، كان رجوعًا.

والجواب فى حكم الهبة: أنه إن أقبضها صح رجوعه على القولين معًا، لخروجه عن ملكه كالبيع، وإن لم يقبضها كان رجوعًا فى التدبير إن أجرى مجرى الوصايا، وفى صحة رجوعه إن أجرى مجرى العتق بالصفات وجهان:

أحدهما: لا يكون رجوعًا؛ لبقائه على ملكه.

والوجه الثانى: يكون رجوعًا؛ لشروعه فى إخراجه عن ملكه.

والمسألة الثالثة: ما حكاه عن الشافعى من رجوعه فى تدبير ربعه أو نصفه، والحكم فيه كالحكم فى رجوعه فى تدبير جميعه: إن قيل بأنه كالوصايا جاز، وإن قيل بأنه كالعتق بالصفات لم يجز؛ لأنه يجوز أن يدبر بعض عبده، كما يجوز أن يدبر جميعه.

وإنما اختلف أصحابنا فى تدبير بعضه: هل يعتق به جميعه إذا مات أم لا؟ على وجهين؛ بناءً على ما قدمناه من الوجهين فى حكم السراية.

واختلف أصحابنا إذا قال: قد رجعت فى تدبير رأسك على وجهين:

أحدهما: أنه يكون كالتصريح بالرجوع فى جميعه؛ لأنه قد يعبر عنه بالرأس

فيقال: هذا رأس من الرقيق؛ فيكون على القولين.

والوجه الثانى: لا يكون رجوعًا فى شيء منه على القولين؛ لأن التدبير صريح فى جميعه، والرجوع كناية محتملة فى بعضه، فلم يبطل حكم الصريح بالاحتمال، ويخالف حكم رجوعه فى ربعه أو نصفه؛ لأنه صريح فى مقدر قَابَلَ صريحًا عامًّا؛ فلم يكن فى هذه المسائل الثلاث دليل على اختياره، وإنما هى تفريع عليه.

وأما استدلالاهُ على نصرة اختياره فى جواز رجوعه:

فأحدهما: أنه قال: منعه من الرجوع فى تدبيره مفضٍ إلى المنع من بيعه، ولم يختلف مذهبه فى جواز بيعه، فلزم ألا يختلف قوله فى جواز رجوعه.

وهذا منقوض بالعتق بالصفة: يجوز بيعه، ولا يجوز الرجوع فى تعليق عتقه بالصفة؛ فلم يلزم الجمع بين جواز البيع وجواز الرجوع.

والاستدلال الثانى: أنه قال: الأيمان والعتق بالصفات تبطل بالموت، وعتق المدبر يقع بالموت، فصار التدبير مضادًّا للأيمان، والعتق بالصفات؛ فلم يجز أن يجرى على حكمهما.

والجواب عنه: أن الأيمان والعتق بالصفات لمّا لم يتعلق حكمهما بالموت، جاز أن يبطل حكمهما بالموت، والتدبير حكمه يتعلق بالموت؛ فلم يبطل بالموت.

فإذا تقرر توجيه القولين، فإذا قيل: إنه يجرى مجرى الوصايا صح رجوعه فى التدبير مع بقائه على ملكه، كما يصح الرجوع فيه بإخراجه عن ملكه بكل قول صريح فى الرجوع مثل قوله: قد رجعت فى تدبيرك، أو نقضته، أو أبطلته، أو رفعته، أو فسخته، أو أزلته.

فإن لم يصرح به وأشار إليه، فالإشارة كناية لا تقوم مقام الصريح فى الرجوع.

ولو عرضه للبيع، فهل يكون كالتصريح فى الرجوع؟ على وجهين:

أحدهما: يكون رجوعًا صريحًا فى تدبيره؛ لأنه شروع فى إخراجه من ملكه، فكان أقوى من التصريح ببقائه على ملكه.

والوجه الثانى: لا يكون رجوعًا صريحًا، وتدبيره بعد العرض باق ما لم يبعه؛ لأن عرضه يحتمل أن يريد به معرفة قيمته فلم يصر بهذا الاحتمال رجوعًا صريحًا فى تدبيره.

وإذا قيل: إن التدبير يجرى مجرى العتق بالصفات، صح الرجوع فيه بإخراجه

عن ملكه.

فأما رجوعه فيه بالقول فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون القول غير مقتض لإخراجه عن ملكه: كالألفاظ المتقدمة من صريح، أو كناية، فلا يصح به الرجوع فى تدبيره.

والضرب الثانى: أن يكون القول غير مخرج له عن ملكه فى الحال ويفضى إلى إخراجه عن ملكه فى ثانى حال، وهو أن يجعله عوضًا فى جعالة، أو يتلفظ بهبته من غير قبض ففى كونه رجوعًا فى تدبيره وجهان.

ولو وقفه بعد التدبير، كان رجوعًا فى تدبيره؛ لأنه قد أخرجه بالوقف عن ملكه، ولو رهنه بعد تدبيره، كان فى صحة رهنه ثلاثة أقاويل:

أحدهما: رهنه باطل على القولين معًا.

والثانى: جائز على القولين معًا.

والثالث: جائز إن قيل: إنه يجرى مجرى الوصايا، وباطل إن قيل: إنه يجرى مجرى العتق بالصفات.

فإن قيل: يجوز رهنه، بطل تدبيره إن أجرى مجرى الوصايا، وفى بطلانه إن أجرى مجرى العتق بالصفات وجهان؛ لأن الرهن مفضٍ إلى بيعه.

وإن قيل بفساد رهنه، لم يبطل تدبيره إن أجرى مجرى العتق بالصفات.

وفى بطلانه إن أجرى مجرى الوصايا وجهان؛ لأنه تعريض لبيعه، ويجوز إذا دبر جميع عبده أن يرجع فى تدبير بعضه؛ فيكون ما رجع منه مرقوقًا، وما لم يرجع فيه مدبرًا.

وقيل: لا يجوز الرجوع فى تدبير بعضه، إذا قيل: إن تدبير بعضه يكون ساريًا إلى جميعه. والله أعلم[1].

وإن دبر عبده، ثم كاتبه: فإن قلنا: إن التدبير وصية، كانت الكتابة رجوعًا فيه.

وإن قلنا: إنه عتق بصفة، لم يكن رجوعًا، وكان كما لو كاتبه، ثم دبره.

وإن دبر عبده، ثم قال له: إن أديت إلى وارثى ألفا فأنت حر، فالمنصوص: أنه رجوع فى التدبير، فاختلف أصحابنا فيه:

---

(١) ينظر: الحاوى (١٨/١١١، ١١٥).

فمنهم من قال: إنما ذلك إذا قلنا: إن التدبير وصية؛ لأنه عدل عن العتق بالتدبير إلى العتق بالمال، فكان رجوعًا فيه.

فأما إذا قلنا: إنه عتق بصفة؛ فليس برجوع، بل إن خرج من الثلث، عتق بالتدبير وبطل العتق بالمال.

ومنهم من قال: بل هو رجوع على القولين؛ لأن ذلك معاوضة مع العبد، فجرى مجرى البيع.

وإن دبر جارية ثم استولدها، فقد ذكر المصنف أنه يبطل التدبير؛ لأن العتق بالاستيلاد أقوى، وقد سبق تضعيفنا لهذا الرأى، والرد عليه.

وإن دبر عبدًا ثم رجع فى تدبير بعضه، صح الرجوع فيما رجع فيه، كما يصح التدبير فى بعضه، ولايسرى الرجوع إلى باقيه؛ لأن ذلك لا سراية له.

فرع: وإن دبر الصبى أو السفيه، وقلنا: يصح تدبيرهما: فإن قلنا: يصح هذا الرجوع بلفظ الفسخ، صح رجوعهما بالفسخ.

وإن قلنا: لا يصح الرجوع إلا بتصرف يزيل الملك، فلا يصح ذلك منهما؛ لأنه لا يصح بيعهما.

وإن باع وليهما العبد، كان ذلك رجوعًا فى تدبيرهما.

وإن دبر عبده، ثم خرس السيد، فأشار إلى الرجوع أو كتب ذلك: فإن قلنا: يصح الرجوع بالقول، صح الرجوع.

وإن قلنا: لا يصح الرجوع إلا بتصرف يزيل الملك، لم يصح رجوعه بذلك، ولا ينصب له ولى؛ لأنه رشيد.

فإن أشار إلى البيع وفهم ذلك منه، صح بيعه وكان ذلك رجوعًا فى التدبير.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن دبر عبده، ثم ارتد - فقد قال أبو إسحاق: لا يبطل التدبير، فإن مات - عتق العبد؛ لأنه تصرف نفذ قبل الرد؛ فلم توثر الردة فيه؛ كما لو باع ماله ثم ارتد.

ومن أصحابنا من قال: يبطل التدبير؛ لأن المدبر إنما يعتق إذا حصل للورثة شىء مثلاه، وهاهنا لم يحصل للورثة شىء؛ فلم يعتق.

ومنهم من قال: يبنى على الأقوال فى ملكه، فإن قلنا: يزول ملكه بالردة - بطل؛ لأنه زال ملكه فيه، فأشبه إذا باعه.

وإن قلنا: لا يزول - لم يبطل؛ كما لو لم يدبر.

وإن قلنا: موقوف، فالتدبير موقوف، وما قال أبو إسحاق غير صحيح؛ لأنه ارتد، والمدبر على ملكه فزال بالردة بخلاف ما لو باعه قبل الردة.

وما قال الآخر لا يصح؛ لأن ماله بالموت صار للمسلمين، وقد حصل لهم مثلاه.

(فصل) وإن دبر الكافر عبدًا كافرًا، ثم أسلم العبد، ولم يرجع السيد فى التدبير - ففيه قولان:

أحدهما: يباع عليه - وهو اختيار المزنى - لأنه يجوز بيعه، فبيع عليه؛ كالعبد القن.

والثانى: لا يباع عليه - وهو الصحيح - لأنه لا حظ للعبد فى بيعه؛ لأنه يبطل به حقه من الحرية؛ فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه إلى مسلم، وينفق عليه إلى أن يرجع فى التدبير؛ فيباع عليه، أو يموت فيعتق عليه، وبين أن يخارجه على شىء؛ لأنه لا سبيل إلى إقراره فى يده، فلم يجز إلا ما ذكرناه.

فإن مات السيد، وخرج من الثلث - عتق، وإن لم يخرج عتق منه بقدر الثلث، وبيع الباقى على الورثة؛ لأنه صار قنا.

(الشرح) الأحكام: إن دبر عبده ثم ارتد، فقد قال الشافعى - رضى الله عنه -: (ولو أن سيده ارتد فمات، كان ماله فيئًا، والمدبر حرًّا).

قال الماوردى: ولهذه المسألة أصل، وهو أن الردة هل يزول بها ملك المرتد أم لا؟ على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن ملكه لا يزول بردته ما بقى حيًّا حتى يموت، أو يقتل فيصير فيئًا.

والقول الثانى: إن ملكه قد زال بالردة، فإن عاد إلى الإسلام، ملكه ملكًا مستجدًّا.

والقول الثالث: إن ملكه موقوف مراعىً: فإن عاد إلى الإسلام، علم بقاؤه على ملكه، وإن مات أو قتل على الردة، علم زواله عن ملكه بالردة.

فإذا تقررت هذه الأقاويل، ودبر المسلم عبدًا، ثم ارتد: فإن قيل: إن ملكه لم يزل بالردة، كان تدبيره باقيًا بعد الردة، فإن مات، أو قتل مرتدًّا، عتق بموته؛ فصار باقى ماله فى بيت المال فيئًا، وكان ولاء مدبره لكافة المسلمين.

وإن قيل: إن ملكه قد زال عنه بالردة، ففى إبطال تدبيره وجهان:

أحدهما: قد بطل؛ لأنه لا يبقى بعد زوال الملك تدبير، فإن قتل بالردة لم يعتق المدبر، وكان على رقه لكافة المسلمين، وإن عاد للإسلام عاد المدبر إلى ملكه، وفي عوده إلى التدبير ما ذكرناه: إن أجرى مجرى الوصية، لم يعد إلى التدبير، وإن أجرى مجرى العتق بالصفة، كان في عوده إلى التدبير قولان.

والوجه الثاني: أن تدبيره لا يبطل وإن زال ملكه بالردة؛ لأمرين:

أحدهما: أن عقد تدبيره في ملك يجوز فيه تصرفه، فثبت حكمه كسائر عقوده المتقدمة على ردته.

والثاني: أنه قد صار فيه للعبد حق يعتق به، فلم يبطل عليه بردة غيره، فإن مات السيد على ردته، أو قتل بها، عتق مدبره إن خرج من ثلثه، وإن عجز عنه الثلث، ولم يملك سواه، ففي عتقه وجهان:

أحدهما - وهو قول البصريين -: يعتق ثلثه، ويرق ثلثاه لكافة المسلمين؛ لأنهم يقومون في ماله مقام ورثته، فلم يعتق في حقهم إلا أن يصل إليهم مثلاه.

والوجه الثاني - وهو قول البغداديين، والأظهر عند الماوردي -: أنه يعتق جميعه، وإن لم يصل إلى المسلمين مثلاه؛ لأن مال المرتد ينتقل إليهم فيئًا لا إرثًا، والثلث معتبر في الميراث دون الفيء.

فرع: قال الشافعي - رضي الله عنه -: ولو دبره مرتدًّا، ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه يوقف، فإن رجع فهو على تدبيره، وإن قتل فالتدبير باطل، وماله فيء؛ لأنا علمنا أن ردته صيرت ماله فيئًا.

والثاني: أن التدبير باطل؛ لأن ماله خارج منه إلا بأن يرجع، وهذا أشبه الأقاويل بأن يكون صحيحًا؛ فبه أقول.

والثالث: أن التدبير ماض؛ لأنه لا يملك عليه ماله إلا بموته.

وقال في كتاب الزكاة: إنه موقوف، فإن رجع وجبت الزكاة، وإن لم يرجع وقتل، فلا زكاة.

وقال في كتاب المكاتب: إنه إن كاتب المرتد عبده قبل أن يوقف ماله، فالكتابة جائزة.

قال المزني: أصحها عندي وأولاها به: أنه مالك لماله، لا يملك عليه إلا بموته؛ لأنه أجاز كتابة عبده، وأجاز أن ينفق من ماله على من يلزم المسلم نفقته،

فلو كان ماله خارجًا منه لخرج المدبر مع سائر ماله، ولما كان لولده ولمن يلزمه نفقته حق فى مال غيره مع أن ملكه له بإجماع قبل الردة، فلا يزول ملكه إلا بإجماع وهو أن يموت.

قال الماوردى: وجملة ذلك: أن المرتد إذا دبر عبده فى حال ردته، كان تدبيره معتبرًا بما توجبه الردة فى ماله وتصرفه، فأما ماله فى بقائه على ملكه، أو زواله عنه، فقد حكى المزنى عن الشافعى ههنا ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن ملكه بعد الردة موقوف مراعى، لا يقطع بزواله عنه فى المال، ولا ببقائه عليه فى الحال، ويكون معتبرًا بآخر أمريه. فإن عاد إلى الإسلام علم أن ملكه لم يزل بالردة، وكان باقيًا على ما كان قبله فى حال إسلامه.

وإن قتل بالردة، أو مات عليها، علم أن ملكه زال عنه بالردة، وهو الذى اختاره الشافعى، واعتمد عليه.

ودليلنا معنيان:

أحدهما: أن ماله معتبر بدمه؛ لأن استباحة دمه الموجبة لملك ماله، فلما كان دمه موقوفًا على توبته، وجب أن يكون ماله موقوفًا على توبته.

والمعنى الثانى: أنه لما كان ماله بعد الردة مترددًا بين أن يسلم فيبقى عليه، وبين أن يموت على الردة؛ فيزول عنه - شابه المريض فى تصرفه فى جميع ماله لما ترددت حاله بين الصحة فتمضى عطاياه، وبين موته فترد إلى الثلث وصارت بذلك موقوفة، وجب أن يكون المرتد بمثابته فى الوقف.

والقول الثانى: أن ملكه باق عليه ما بقى حيًا، فإن مات مرتدًا، انتقل بموته إلى بيت المال فيئًا، وإن مات بعد إسلامه انتقل إلى ورثته ميراثًا، وهو اختيار المزنى، وبه قال أبو يوسف ومحمد، ودليله معنيان:

أحدهما: أن الردة موجبة لاستباحة الدم، والاستباحة لا توجب زوال الملك مع بقاء الحياة، كالقاتل والزانى.

والمعنى الثانى: أنه لو زال ملكه عنه بالردة، كما يزول ملك الحربى بالغنيمة، لما عاد ملكه إليه إذا أسلم، كما لا يعود ملك الحربى إليه إذا أسلم، وفى بقائه على المرتد بعد إسلامه دليل على أنه لم يزل عنه قبل إسلامه.

واستدل له المزنى بمعنيين:

أحدهما: أنه لما لزمه فى الردة نفقة أولاده، وأروش جناياته، وهى لا تجب على من لا يملك - دل على أنه مالك.

والجواب عنه: أنها تجب عليه إن قيل: إنه مالك، واختلف أصحاب الشافعى فى وجوبها عليه إذا قيل: إنه ليس بمالك: فذهب أبو سعيد الإصطخرى وطائفة إلى أنها لا تجب عليه؛ فبطل الاستدلال به. وذهب جمهورهم إلى وجوبها - وإن قيل: ليس بمالك - لأنه زال عنه فيما لم يجب عليه، ولم يزل فيما وجب عليه؛ كالميت إذا تعدى بحفر بئر فمات فيها حيوان، وجبت قيمته فى تركته وإن زال ملكه بموته.

والمعنى الثانى: أنه قال: ملكه له بإجماع قبل الردة، فلا يزول ملكه إلا بالإجماع، وهو أن يموت، وهذا استصحاب حال مع تنقل الأحوال، وانتقال الأحوال مفض إلى انتقال الأحكام، فلم يجز أن يجعل دليلًا على بقائها.

والقول الثالث: أن ملكه بالردة خارج منه، كما نقله المزنى فى هذا الموضع، فاختلف أصحابنا فى مراد الشافعى بخروجه منه: فقال بعضهم: أراد خروجه عن تصرفه، ولم يرد به خروجه عن ملكه، فلم يخرِّجوا فى ملكه إلا قولين:

أحدهما: موقوف.

والثانى: ثابت.

وقال آخرون: أراد به خروجه عن ملكه، وجعلوا فى الملك قولًا ثالثًا: أن ملكه قد زال عنه بالردة، وإن عاد إليه بالإسلام، وبه قال أبو حنيفة ودليله معنيان:

أحدهما: أنه لما ملك المسلمون دمه بالردة، كان أولى أن يملكوا بها ماله؛ لأن حكم المال أخف من حكم الدم.

والثانى: أنه لما أثرت الردة فى زوال نكاحه اجتهادًا، وجب تأثيرها فى زوال ملكه حجاجًا.

فرع: وأما تصرفه فى ماله بعد الردة، فالردة موجبة للحجر عليه فى ماله لمعنيين:

أحدهما: أن تظاهره بالردة مع إفضائها إلى تلفه دليل على سفهه، وضعف عقله، ويكون الحجر عليه جاريًا مجرى حجر السفه.

والمعنى الثانى: أن ارتداده يفضى إلى انتقال ماله إلى المسلمين؛ كإفضاء مال المريض إلى ورثته، فاقتضى أن يوجب الحجر عليه جاريًا مجرى حجر المريض، فإذا صح بهذين المعنيين وجوب الحجر عليه، فقد اختلف أصحابنا فيما يثبت به

الحجر عليه على وجهين:

أحدهما: أن الحجر قد ثبت عليه بنفس الردة، ولا يعتبر بحكم الحاكم، وهذا مذهب من تأول قول الشافعى: إن ملكه خارج عنه، أى: عن تصرفه، فأوقع بالردة عليه حجرًا؛ تعليلًا بحجر المرض.

والوجه الثانى - وهو قول جمهورهم -: أن الحجر لا يقع عليه إلا بحكم الحاكم؛ تعليلًا بحجر السفه.

فرع: فإذا تقرر ما ذكرنا من أحكام ملكه، وأحكام تصرفه كان حكم تدبيره وعقوده محمولة عليها: فإن فعلها بعد ثبوت الحجر عليه، كانت باطلة مردودة؛ فلا يصح منه عتق، ولا تدبير، ولا كتابة، ولا هبة، ولا بيع؛ لأن تصرف المحجور عليه مردود، وإن فعلها قبل ثبوت الحجر عليه، كان تصرفه محمولًا على الأقاويل الثلاثة.

فإن قيل ببقاء ملكه عليه نفذ تصرفه، وصح عتقه، وتدبيره، وكتابته، وهبته، وبيعه، وكان فى جميعها كحاله قبل ردته، ويعتق المدبر بقتله على الردة، كما يعتق بموته على الإسلام.

وإن قيل بزوال ملكه عنه، رد جميع تصرفه، وأبطل جميعه فيما التزمه باختياره من عتق وتدبير، وكتابة، وهبة، وبيع، وفى إبطال ما لزمه بغير اختياره من نفقة أولاده وأروش جناياته وجهان مضيا.

فإن قيل بأن ملكه موقوف مراعى، كان تدبيره وعتقه موقوفًا:

فإن قتل بالردة، بطل.

وإن عاد إلى الإسلام، صح.

فأما بيعه، وكتابته، فقد اختلف أصحابنا فى وقفها على وجهين:

أحدهما: باطلة؛ لأنها عقود معاوضات لا يصح عقدها على الوقف.

والوجه الثانى: صحيحة؛ لأنها موقوفة على الفسخ دون الإمضاء كوقفها فى مدة الخيار.

وأما نفقة الأولاد وأروش الجنايات، فتمضى على هذا القول، ولا توقف وجهًا واحدًا فى النفقة، وعلى احتمال فى أرش الجناية؛ لوجود الأرش بفعله، ووجوب

النفقة بغير فعله[(١)].

فرع: أما لو كان العبد المدبَّر هو المرتد، فإنه لا يزول ملك سيده عنه؛ لبقائه على رقه بعد الردة، وكان على تدبيره بعدها يعتق بموت سيده كما يعتق بموته فى إسلامه.

فإن لحق بدار الحرب، أو سباه أهل الحرب لم يملكوه بالسبى.

ووافقنا أبو حنيفة على أنهم لا يملكون المدبر ولا أم الولد، وإن جعلهم مالكين لغيرهما من أموال المسلمين.

وعند الشافعى: لا يملكون شيئًا غنموه من أموال المسلمين بحال.

فإن أوجف المسلمون على دار الحرب، وسبوا هذا المدبر منها وهو على ردته - لم يملكوه بالسبى، ولم يجز أن يقسم فى المغنم؛ لبقائه على ملك مسلم، ولسيده أخذه قبل القسمة وبعدها، فإن قسم بين الغانمين قبل أخذه، عوض عنه من حصل فى سهمه بقيمته من بيت المال لا من مال سيده، فإن تعذر أخذ قيمته من بيت المال، نقضت القسمة، وأخرج منها، واستؤنف قسم ما سواه بينهم؛ لخروجه من الغنيمة، وكان على تدبيره يعتق متى مات سيده.

ولو كان سيده قد مات، وهو فى دار الحرب قبل سبيه - عتق، ولم يملكه الغانمون إذا سبوه - وإن كان حرًا - لأن عليه ولاء لمسلم؛ فلم يجز أن يبطل ولاؤه بالاسترقاق[(٢)].

فصل: وإن دبَّر الكافر عبده الكافر، صح تدبيره، سواء كان يهوديًا، أو نصرانيًا، أو مجوسيًا، أو وثنيًا. ولا فرق بين أن يكون ذميًا أو حربيًا، كما يصح عتقه.

فإن دخل الحربى دار الإسلام بأمان ومعه عبد مدبر، ثم أراد الرجوع به إلى دار الحرب - لم يمنع منه؛ لأن ملكه باق عليه، فإن رجع فى تدبيره، فحكمه حكم المسلم إذا رجع فى تدبيره على ما مضى.

وإن أسلم العبد قبل رجوع السيد: فإن رجع السيد فى التدبير بالفسخ، وقلنا: يصح الرجوع به، ورجع المدبر قنًّا له، وأمر بإزالة ملكه عنه؛ لأن الكافر لا يقر على

---

(١) ينظر: الحاوى (١٨/ ١١٧، ١٢١).

(٢) ينظر: الحاوى (١٨/ ١١٧).

ملك المسلم.

وإن لم يرجع، أو رجع وقلنا: لا يصح، ففيه قولان:

أحدهما: يباع عليه العبد، وهو اختيار المزنى؛ لأن الكافر لا يقر على ملك المسلم، فبيع عليه كغير المدبر.

والثانى: لا يباع عليه؛ وهو قول أبى حنيفة.

قال المحاملى: وهو الأشبه؛ لأنه إنما يباع لطلب الحظ للعبد؛ لئلا يجرى عليه صغار فى ملك الكافر، وههنا الحظ له ألا يباع؛ لأنه قد ثبت له سبب العتق، فلا يجوز إبطال ذلك عليه بالبيع.

فعلى هذا: لا يترك فى يد سيده؛ لأن فى ذلك صغارًا على المسلم، بل يكون السيد بالخيار: بين أن يخارجه على شىء، وبين أن يتركه على يد مسلم ثقة، وينفق عليه من كسبه إن كان له كسب، ويكون الباقى من الكسب للسيد. وإن لم يكن له كسب، أنفق عليه من ماله.

فإن مات السيد وخرج من الثلث، عتق عليه. وإن لم يخرج من الثلث، بيع ما رق منه على الورثة قولًا واحدًا؛ لأنه لم تبق له حرية منتظرة فوجب بيعه.

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) وإن اختلف السيد والعبد، فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد؛ فإن قلنا: إن التدبير كالعتق بالصفة - صح الاختلاف؛ لأنه لا يمكن الرجوع فيه.

والقول قول السيد؛ لأن الأصل أنه لم يدبر.

وإن قلنا: إنه كالوصية، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول السيد؛ لأن جحوده رجوع؛ وهو يملك الرجوع.

والثانى: أنه ليس برجوعٍ - وهو المذهب - لأنه قال «فى الدعوى والبينات»: إذا أنكر السيد، قلنا له: قل: رجعت، ولا يحتاج إلى اليمين - فدل على أن جحوده ليس برجوعٍ؛ والدليل عليه: أن جحود الشىء ليس برجوع، كما أن جحود النكاح ليس بطلاقٍ، فعلى هذا يصح الاختلاف، والحكم فيه كالحكم فيه؛ إذا قلنا: إنه عتق بالصفة، وإن مات السيد واختلف العبد، والوارث - صح الاختلاف على القولين، والقول قول الوارث.

وإن كان فى يده مال، فقال: كسبته بعد العتق، وقال الوارث: بل كسبته قبل العتق، فالقول قول المدبر؛ لأن الأصل عدم الكسب إلا فى الوقت الذى وجد فيه، وقد وجد وهو فى يد المدبر، فكان له.

وإن كان أمةً، ومعها ولد، فادعت أنها ولدته بعد التدبير، وقال الوارث: بل ولدته قبل التدبير؛ فالقول قول الوارث؛ لأن الأصل فى الولد الرق.

(الشرح) الأحكام: ليس يخلو جحود التدبير، إذا ادعاه العبد أن يكون مع السيد أو مع وارثه.

فإن كان الجاحد للتدبير هو السيد، والجحود مختص بعقد التدبير مع اتفاقهما على بقاء الرق، فإن أراد السيد بجحوده تعجيل بيعه، لم يكن لجحوده تأثير تسمع به بينته، أو يؤخذ فيه بيمين؛ لأن له إبطال تدبيره ببيعه، وإن اعترف به فلم يستفد العبد بدعوى التدبير ما يمنع من البيع، وإبطال التدبير به.

وإن أراد أن يستبقيه على ملك الورثة، سمعت دعواه على السيد بتدبيره؛ لما يستفيده من العتق بموته، فإذا جحد السيد تدبيره، كان قوله فى الجحود مقبولًا؛ لأنه منكر لعقد مُدَّعًى: فإن جعل التدبير جاريًا مجرى العتق بالصفة، لم يكن جحود السيد رجوعًا فيه؛ لأنه لا يصح الرجوع فيه بالقول؛ فلم يصح الرجوع فيه بالجحود، وكلف العبد بالبينة، وبينته شاهدان عدلان، ولا يسمع منه شاهد وامرأتان وإن سمعه أبو حنيفة، ولا شاهد ويمين، وإن سمعه مالك؛ لأنها بينة على عقد تفضى إلى العتق، ومذهب الشافعى: أن العتق وما أفضى إليه لا يسمع فيه إلا عدلان.

فإذا أقام البينة، حكم له بالتدبير، وإن عدم البينة، كان له إحلاف سيده بالله ما دبره، وسقط حكم التدبير بيمينه، وإن نكل عن اليمين ردت على العبد، فإن حلف ثبت تدبيره، وإن نكل بطل.

وإن جعل التدبير جاريًا مجرى الوصايا فى جواز الرجوع فيه بالقول، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون جحوده رجوعًا فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون رجوعًا فيه؛ لاشتراكهما فى المقصود، فعلى هذا لا تسمع للعبد بينة، ولا تجب على السيد يمين.

والوجه الثانى: وهو منصوص الشافعى: لا يكون الجحود رجوعًا، والبينة عليه مسموعة، واليمين عليه واجبة؛ لأن جحود الشىء لا يكون رجوعًا عنه؛ ألا ترى أن

جحود الردة لا يكون رجوعًا إلى الإسلام، وجحود النكاح لا يكون إيقاعًا للطلاق؟!

فرع: وإن كان الجاحد للتدبير ورثة السيد، فهذا اختلاف فى حريته ورقه، فتسمع دعواه على الأحوال كلها، سواء جعل الجحود رجوعًا فى حق السيد، أو لم يجعل؛ لأن الرجوع فى التدبير بعد الموت باطل.

فإن كان للعبد بينة سمعت على التدبير، لا على العتق؛ لأن عتق التدبير حكم، والبينة تسمع على ما أوجب الحكم لا على الحكم.

وإن عدم العبد البينة، أحلف الورثة، وكان واجبًا عليه أن يحلفهم؛ لئلا يسترق بعد عتق، فإن حلف الورثة كانت يمينهم على العلم دون البت؛ لأنها يمين نفى لفعل غيرهم، وكانوا فى أيمانهم مخيرين بين أن يحلفوا على نفى التدبير وبين أن يحلفوا على نفى العتق، بخلاف البينة التى لا تسمع إلا على التدبير دون العتق؛ لأن البينة تؤدى ما تضمنته وهو العقد، واليمين فيما تضمنته الدعوى، وهو كل واحد من العقد والعتق؛ فصار جحود العتق جحودًا للعقد، وجحود العقد جحودًا للعتق؛ فلذلك كان الورثة فى اليمين مخيرين فى نفى أحدهما، أيهما أرادوا، فإن حلفوا على نفى التدبير، حلفوا: والله لا نعلم أنه دبرك، ولا يلزم أن يقولوا فى اليمين: «وأنك لباق على الرق)؛ لأن نفى التدبير يوجب بقاءه على الرق بأصل الملك.

وإن حلفوا على نفى العتق حلفوا: (والله لا نعلم أنك عتقت)، وهل يلزمهم أن يقولوا فى هذه اليمين: وإنك لباق على الرق؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزم كما لا يلزم إذا حلفوا على نفى التدبير.

والوجه الثانى: يلزم أن يقولوا هذا فى نفى العتق، وإن لم يلزم أن يقولوه فى نفى التدبير.

والفرق بينهما: أن التدبير صريح الدعوى، فجاز الاقتصار على نفيه، والعتق حكم الدعوى فى حق العبد، والرق حكم الإنكار فى حق الورثة؛ فلزم الجمع بين الأمرين نفيًا وإثباتًا.

فإن حلفوا على ما وصفناه، كان العبد على رقه موروثًا.

وإن نكلوا، ردت اليمين على العبد، فإن حلف عتق بالتدبير، وإن نكل كان على رقه موروثًا.

ويجب عليه أن يحلف إذا علم أنه فيما ادعاه صادق، وإن لم يؤخذ بها جبرًا ليفك رقبته من رق بعد عتق. والله أعلم[١].

فرع: إذا جاءت المدبرة بولد، فقالت:

ولدته بعد التدبير فيعتق بعتقى، ويقول الورثة: ولدته قبل التدبير، فهو مملوك.

فإن قيل بأن ولد المدبرة لا يتبعها، فلا تأثير لهذا التنازع؛ لأنه مرقوق فى الحالين.

وإن قيل: يتبعها، كان لتنازعهما فيه تأثير؛ لأنها تدعى عتقه، والوارث يدعى رقه.

فالقول فيه قول الوارث مع يمينه؛ لأن الأصل فيه الرق؛ فلم يقبل فيه قول من ادعى حدوث العتق.

فإن حلف الوارث، رق الولد.

وإن نكل، ردت اليمين على الأم، فإن حلفت عتق الولد، وإن نكلت، ففيه وجهان:

أحدهما: يحكم برقه.

والوجه الثانى: يوقف أمره؛ ليحلف الولد بعد بلوغه.

فرع: وإن قالت المدبرة: ولدته بعد موت السيد؛ فهو حر، ويقول الوارث: ولدته قبل موت السيد فهو مملوك.

فهذا بعكس الأول: فإن قيل: إن ولد المدبرة تبع لها، فلا تأثير لهذا التنازع؛ لأنه يعتق بموت السيد فى الحالين.

وإن قيل: إن ولدها فى حياة السيد لا يتبعها، كان لتنازعهما فيه تأثير؛ لأنها تدعى عتقه، والوارث يدعى رقه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تقر بأنه جرى عليه فى العلوق حكم الرق؛ لأنها ولدته لأقل من ستة أشهر من موت السيد، فالقول قول الوارث مع يمينه، استصحابًا لحكم رقه.

والضرب الثانى: أن تنكر أنه جرى عليه فى العلوق حكم الرق، وأنها علقت به فى الحرية، وولدته بعد موت سيدها لستة أشهر فصاعدًا - فالقول ههنا قولها مع

---

(١) ينظر: الحاوى (١٨/ ١٢٤، ١٢٥).

يمينها؛ لأن الحرية فى الناس أصل، والرق طارئ، فإن حلفت كان ولدها حرًّا، وإن نكلت فعلى وجهين:

أحدهما: ترد اليمين على الوارث إذا قيل - فيما تقدم -: إن نكول الوارث لا يوجب وقف اليمين.

والوجه الثانى: لا ترد على الوارث، وتوقف اليمين على بلوغ الصبى. فإن حلف بعد بلوغه كان حرًّا، وإن نكل ردت على الوارث.

وهذا إذا قيل - فيما تقدم -: إن نكول الوارث لا يوجب وقف اليمين.

فإن كانت لواحد منهما بينة فى هذه الأحوال كلها سمعت من مدعى الحرية، ومدعى الرق.

والبينة أربع نسوة فى حقيهما؛ لأنها بينة على الولادة، وإن أفضت إلى حرية، أو رق[1].

قال المصنف - رحمه الله تعالى -:

(فصل) ويجوز تعليق العتق على صفةٍ، مثل أن يقول: إن دخلت الدار، فأنت حر، وإن أعطيتنى ألفًا - فأنت حر؛ لأنه عتق على صفةٍ فجاز؛ كالتدبير.

فإن قال ذلك فى المرض، اعتبر من الثلث؛ لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث، فإذا عقده اعتبر من الثلث.

وإن قال ذلك وهو صحيح - اعتبر من رأس المال، سواء وجدت الصفة وهو صحيح، أو وجدت وهو مريض؛ لأن العتق إنما يعتبر من الثلث فى حال المرض؛ لأنه قصد إلى الإضرار بالورثة فى حالٍ يتعلق حقهم بالمال، وهاهنا لم يقصد إلى ذلك.

فإن علق العتق على صفةٍ مطلقةٍ، ثم مات - بطل؛ لأن تصرف الإنسان مقصور على حال الحياة، فحمل إطلاق الصفة عليه.

وإن علق عتقه على صفةٍ بعد الموت - لم يبطل بالموت؛ لأنه يملك العتق بعد الموت فى الثلث فملك عقده على صفةٍ بعد الموت.

---

(١) ينظر الحاوى ص (١٨/ ١٣٠، ١٣١) .

(فصل) فى المعلق عتقها على صفة هل يتبعها ولدها: وإن علق عتق أمةٍ على صفةٍ، ثم أتت بولدٍ من النكاح أو الزنا، فهل يتبعها الولد؟ فيه قولان؛ كما قلنا فى المدبرة.

فإن بطلت الصفة فى الأم بموتها، أو بموته - بطلت فى الولد؛ لأن الولد يتبعها فى العتق لا فى الصفة، بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها فى التدبير.

فإذا بطل فيها، بقى فيه.

وإن قال لأمته: أنت حرة بعد موتى بسنةٍ، فمات السيد، وهى تخرج من الثلث، فللوارث أن يتصرف فى كسبها ومنفعتها، ولا يتصرف فى رقبتها؛ لأنها موقوفة على العتق.

فإن أتت بولدٍ بعد موت السيد؛ فقد قال الشافعى - رحمه الله -: يتبعها الولد قولًا واحدًا.

فمن أصحابنا من قال: فيه قولان؛ كالولد الذى تأتى به قبل الموت، والذى قاله الشافعى - رحمه لله - أحد القولين.

ومنهم من قال: يتبعها الولد قولًا واحدًا؛ لأنها أتت به، وقد استقر عتقها بالموت، فيتبعها الولد؛ كأم الولد بخلاف ما قبل الموت، فإن عتقها غير مستقر؛ لأنه يلحقه الفسخ.

(فصل) وإن علق عتق عبده على صفةٍ - لم يملك الرجوع فيها بالقول؛ لأنه كاليمين، أو كالنذر.

والرجوع فى الجميع لا يجوز، ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك؛ كالبيع وغيره.

فإن علق عتقه على صفةٍ، ثم باعه، ثم رجع إليه؛ فهل يعود حكم الصفة؟ فيه قولان؛ بناءً على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفةٍ، وبانت منه، ثم تزوجها.

وإن دبر عبده، ثم باعه ثم رجع إليه؛ فإن قلنا: إن التدبير كالوصية، لم يرجع؛ لأن الوصية إذا بطلت - لم تُعَدْ.

وإن قلنا: إنه كالعتق بصفةٍ، فهل يعود أم لا؟ على ما ذكرناه من القولين.

(الشرح) الأحكام: يجوز تعليق العتق على صفة، مثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت حر، أو إن كلمت فلانًا فأنت حر؛ لأنه تعليق عتق على صفة، فهو

كالتدبير.

فإن علق العتق على صفة فى مرض موته فوجدت الصفة قبل موته أو قال فى صحته: أنت حر فى مرض موتى - عتق من الثلث؛ لأنه قصد إلى الإضرار بالورثة؛ فكان من الثلث كالمدبر.

وإن علق العتق على صفة فى الصحة فوجدت الصفة فى الصحة، عتق من رأس المال؛ لأنه لم يقصد الإضرار بالورثة.

وإن علق العتق على صفة فى الصحة يجوز أن توجد فى الصحة، ويجوز أن توجد فى المرض، فوجدت فى مرض الموت - فنقل البغداديون من أصحابنا أنه يعتق من رأس المال؛ لأنه لم يقصد إلى إعتاقه فى مرض الموت، فلم توجد منه تهمة فى حق الورثة.

ونقل المسعودى فى ذلك قولين:

أحدهما: هذا.

والثانى: أنه يعتق من ثلث التركة، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، وليس بمشهور.

وإن قال لعبده: أنت حر فى آخر جزء من أجزاء صحتى المتصل بمرض موتى، فقد قال بعض أصحابنا المتأخرين: إنه يعتق من رأس المال؛ لأن العتق تقدم على مرض الموت.

والذى يقتضى المذهب عندى: أنه يعتق من ثلث التركة؛ لأن هذه صفة لا توجد إلا بمرض الموت، فهو كما لو قال: إذا مرضت فأنت حر.

فصل: وإن علق عتق أمة على صفة، مثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت حرة، ثم حملت بولد وولدته قبل وجود الصفة، فهل يتبعها الولد إذا وجدت الصفة فى العتق؟

فيه قولان، كما قلنا فى المدبرة. ولسنا نريد: أنه تنعقد للولد تلك الصفة حتى إذا دخل الدار عتق، وإنما نريد به: أنه يتبعها فى حكم الصفة، وهو أن الأم إذا دخلت الدار، عتقت وعتق الولد معها.

فإن مات السيد أو ماتت قبل وجود الصفة، بطلت الصفة فى الأم، وبطل حكمها فى الولد؛ لأن الصفة إذا بطلت، بطل حكمها، بخلاف ولد المدبرة، فإن الأمة إذا ماتت فى حياة السيد، لم يبطل ذلك فى الولد؛ لأنه يتبعها فى التدبير.

فرع: فإن قال لأمته: أنت حرة بعد موتى بعشر سنين، فأتت بولد بعد موت السيد

وقبل انقضاء العشر، قال الشافعي - رحمه الله تعالى -: يتبعها الولد.

فمن أصحابنا من قال: فيه قولان كالذى تأتى به بعد عقد الصفة وقبل موت السيد. ومنهم من قال: يتبعها ههنا قولًا واحدًا؛ لأن سبب عتقها قبل موت السيد غير مستقر؛ لأن للسيد إبطاله بإزالة ملكه عنها، وبعد موت السيد سبب عتقها مستقر؛ لأنه لا سبيل لأحد إلى إبطاله، فهى بمنزلة أم الولد، فيتبعها ولدها قولًا واحدًا.

قال المحاملى: ويجىء على قول هذا القائل أن الولد ههنا يعتق من رأس المال، كما يعتق ولد أم الولد من رأس المال.

فصل: إذا علق عتق عبده على صفة، لم يملك فسخه بالقول؛ لأن ذلك ليس بوصية فلا يملك رفعه بالفسخ.

فإن باعه أو وهبه، صح؛ لأنه ملكه.

فإن رجع إليه ملكه، فهل يعود حكم الصفة؟ فيه قولان، بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة، فبانت منه، ثم تزوجها.

وإن دبر عبده فباعه، ثم رجع إليه: فإن قلنا: إن التدبير وصية، لم يعد التدبير، وإن قلنا: إنه عتق بصفة، فهل تعود الصفة؟ على القولين.

فرع: وإن قال لعبدين له: أنتما حران بعد موتى، ولم يحتمل الثلث إلا أحدهما - أقرع بينهما.

وإن دبر أحدهما بعد الآخر، ففيه وجهان، حكاهما ابن اللبان:

أحدهما: يقرع بينهما؛ لأن عتقهما وقع فى حالة واحدة.

والثانى: يقسم الثلث بينهما؛ لأنه علم أنه أراد أن يوقع لكل واحد منهما حرية لا محالة.

ولو قال لجارية له فى صحته لا مال له غيرها: هذه أم ولدى أو مدبرتى أو حرة، ومات قبل أن يبين - عتق ثلثها؛ لأنه اليقين.

وإن قال لعبدين له: أنتما حران أو مدبران، ثم مات قبل أن يبين، كانا مدبرين.

فهرس الموضوعات

* * *